TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

557

TRATADO DE DIREITO PRIVADO -TOMO V

Parte Geral

7

4

Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações.

7

Tábua Sistemática das Matérias

6

Parte 1

7

Eficácia em geral, começo e cessação

8

Capítulo I

Eficácia Jurídica

8

0

§ 505. *Conceito e espécies.* 1. Fato jurídico e eficácia jurídica. 2. Eficácia jurídica, criação do direito. 3.

Relação fática que se faz jurídica. 4. Eficácia anexa e eficácia reflexa

§ 506. *Dimensões da* eficácia *e qualidade.* 1. Alcance da eficácia. 2. Irradiação espacial e temporal de eficácia.

8

3. Eficácia sucessiva. 4. Ineficácia em sentido lato e ineficácia em sentido estrito 3

§ 507. *Efeito mínimo.* 1. Vinculação e eficácia mínima. 2. Vinculabilidade. 3. Vinculação e revogação. 4. Natureza da revogação. 5. Principio da irrevogabilidade

8

7

§ 508. *Direitos e deveres como* posterius. 1. Direitos, deveres, pretensões, ações e exceções são efeitos. 2. Ato humano e fato jurídico; eficácia

§ 509. *Deveres jurídicos e "deveres* consigo mesmo". 1. Dever e direito, correlação. 2. O chamado „dever consigo mesmo

8

8

Capítulo II

Aquisição: Originária e Derivada

8

9

§ 510. O *início dos* direitos, *pretensões e* ações. 1. Conceito científico da aquisição. 2. Aquisição originária e aquisição derivada. 3. Aquisição derivada transiativa e aquisição derivada constitutiva

§ 511. *Modo de aquisição*. 1. Modo de aquisição e título de aquisição. 2. Modo de aquisição originário e modo de aquisição derivativo. 3. Derivação e direitos reais

9

1

§ 512. *Aquisição originário*. 1. Originariedade da aquisição e espécies principais. 2. Mesmeidade do conteúdo do direito sem mesmeidade do direito. 3. Conceito preciso de sucessão. 4. Seqüência temporal de direitos

§ 513. *Conceito e espécies de sucessão*. 1. Derivação e sucessão. 2. Dependência entre direitos. 3. Nemo *plus* iuris transferre potest quam habet *ipse.* 4. Sucessão legal e sucessão voluntária. 5. Lide pendente e coisa julgada 9

§ 514. *Causalidade e sucessão*. 1. Sucessão e alienação; poder de dispor. 2. Depósito e retirada de depósito.

3

3.Plano do direito processual

§ 515. *Sucessão translativa*. 1. Conceito de sucessão transíativa. 2. Transferência e pluralidade de adquirentes.

3.Direito e acessórios

§ 516. *Estados* pré-aquisitivos. 1. Direitos expectativos e direitos formativos geradores. 2. Momento em que se dá a aquisição derivativa. 3. Eficácia e transferência. 4. Cessão de direito expectativo ou de direito formativo gerador

§ 517. *Sucessão constitutiva*. 1. Conceito. 2. Direito constituinte e direito constituído. 3. Cisão de direitos sem sucessão. 4. Divisão de direito, pretensão, ação e exceção. 5. Constituição de direitos e desmembramento 1

2

§ 518. *Causalidade e* sucessão constitutiva. 1. Causação e direitos constituídos. 2. O princípio da aquisição 2

igual ou menos do que se podia transferir. 3. Dedução, em vez de constituição sucessiva. 4. Falso principio da prioridade dos direitos constituídos

§ 519. *Independência* dos direitos constituídos. 1.. Princípio da independência dos direitos derivados. 2. Graus em linha sagital e graus em irradiação

1

2

§ 520. *Extinção dos direitos constituídos*. 1. Espécies de extinção. 2. tNa consolidação há sucessão, ou 7

aquisição originária? 3. Sucessão e coisa julgada entre credor e devedor

§ 521. *Sequência de sucessões*. 1. Sucessões seguidas. 2. Proibições legais de alienação 1

§ 522. Sucessão universal e sucessão singular. 1. Os dois conceitos. 2. Transmissão na sucessão universal; su-2

porte fático. 3. Boa-fé, por parte do sucessor

8

§ 523. Casos de sucessão universal. 1. Pressupostos da sucessão universal. 2. Suportes fáticos da comunhão universal. 3. Sucessão universal transíativa e sucessão universal constitutiva. 4. Posse e sucessão universal 1

§ 524. Dívidas e sucessão universal. 1. Passivo e sucessão universal. 2. Sucessão universal hereditária 3

1

§ 525. *Transferência* de patrimônios sem sucessão universal. 1. Transferência de patrimônio e eficácia de sucessão. 2. Usufruto de patrimônio e sucessão. 3. Aquisição da herança toda

§ 526. Aquisição da posse. 1. Aquisição originária e aquisição derivada. 2. Aquisição transíativa e aquisição constitutiva

§ 527. *Relações* jurídicas na sucessão singular e na sucessão universal. 1. Relação jurídica e sucessão. 2. Saida e entrada de direitos. 3. Sucessão universal, ativo e passivo

§ 528. Disposição e aquisição de direitos futuros. 1. Aquisição de direitos. 2. Direitos futuros. 3. Negócios jurídicos sobre direitos futuros. 4. Ilicitude. 5. Pluralidade de atos de disposição. 6. Eficácia das disposições 1

antecipadas

3

7

Capítulo III

Ineficácia dos Atos Jurídicos

§ 529. *Ineficácia* dos atos jurídicos. 1. Invalidade e ineficácia. 2. Complexidade do suporte fático. 3. Ineficácia 1

dos atos jurídicos e falta de consequências. 4. Ineficacidade, invalidade e inexistência. 5. Superação da 5

ineficácia

2

§ 530. Limites da eficácia. 1. Eficácia jurídica e esfera jurídica alheia. 2. Eficácia e exercício de direitos

§ 531. *Ineficácia* relativa. 1. Conceito. 2. Eficácia num só ramo e em trato de tempo. 3. Eficácia relativa resultante de revogação

§ 532. Atos jurídicos ineficazes prê-falenciais. 1. Os textos legais. 2. Ineficácia relativa exceção). 2. Falsos efeitos jurídicos; confusão entre mundo jurídico e mundo fático. 3. Poder fático e poder jurídico. 4. Conceito de

poder jurídico

Capítulo IV

Irradiação da Eficácia

§ 533. *Começo da eficácia*. 1. Atos jurídicos e eficácia, imediata ou mediata. 2. Eficácia jurídica, subjetivamente considerada. 3. Retroeficácia das ratificações

§ 534. \/*icissitudes da relação jurídica*. 1. Quietude ou adormecimento da relação jurídica. 2. Elemento fático posterior à relação jurídica

§ 535. *Retroeficácia*. 1. Teorias explicadoras. 2. Critica das teorias e explicação científica. 3. Instantaneidade da eficácia no passado. 4. Extensão da eficácia no passado. 5. Fatos jurídicos e retroeficácia. 6. Retroatividade e declaratividade

§ 536. *Eficácia total e eficácia não-total*. 1. Efeitos iniciais, não-totais. 2. Análise das espécies

§ 537. Suporte fático de formação sucessiva. 1. Degraus até a produção do efeito (direito, pretensão, ação, ou exceção) . 2. Falsos efeitos jurídicos; confusão entre mundo jurídico e mundo fático. 3. Poder fático e poder jurídico. 4. Conceito de poder jurídico.

Capítulo V

Determinações mexas e Determinações Anexas

§ 538. Conceito de determinações mexas. 1. Termos e condições. 2. Tempo e eficácia 2

§ 539. *Direito,* condição e termo: o plano em *que* ocorrem. 1. Nascimento dos direitos. 2. Suporte fático, ato 3

jurídico e eficácia. 3. Pressupostos da eficácia

9

§ 540. Termos e condições. 1. Conceito de termo e conceito de condição. 2. Interpretação das determinações mexas. 3. Papel das condições

§ 541. *Natureza e função das condições*. 1. Determinações sobre eficácia no tempo e a natureza da condição.

2. Dois sentidos da palavra "condição". 3. Natureza da condição. 4. Elemento conceptual da circunstância 2

incerta. 5. Condiciones iuris não são condições. 6. Expressão da condição e condições tacitamente 3

estabelecidas. 7. Condição simultânea e condição posterior ao ato jurídico. 8. Problemas sobre alcance e sorte 9

das condições. 9. "Condição" em sentido atêcnico. 10. Condição e contrato de opção

§ 542. Atos jurídicos condicionáveis *e* atos jurídicos incondicionáveis. 1. Condicionabilidade e incondicionabilidade. 2. Condição inserta em ato jurídico incondicionável.3. Fundamentos das incondicionabilidades e consequência da condicionalização. 4. Impossibilidade jurídica e condição não admitida 2

5

§ 543. Condição e *princípio* da separação. 1. Dúvida objetiva e condição; princípios de separação e de não-2

contagiação. 2. Condição ilícita ou imoral. 3. Condição suspensiva impossivel ou ilícita. 4. Condição resolutiva impossível ou ilícita. 5. Impossibilidade permanente e impossibilidade transitória. 6. Negócios jurídicos abstratos de adimplemento. 7. Impossibilidade gnoseológica,

lógica e jurídica. 8. Interpretação das determinações mexas. 9. O art. 120, alíneas 1ª e 2ª

§ 544. Espécies de condições. 1. Pendência e incerteza. 2. Condição positiva e condição negativa. 3. Condição suspensiva e condição resolutiva. 4. Eficácia da condição resolutiva. 5. Resolução e eficácia ex tunc. 6.

Condição suspensiva e eficácia. 7. Questão de ser termo ou de ser condição a determinação mexa. 8. Condições casuais e condições potestativas. 9. Expressão e conteúdo da condição; condição tácita. 10. Cláusula de confirmação e o art. 115, 2º parte, do Código Civil. 11. Pacto posterior de condição. 12. Forma e condição

557

§ 545. Advento *e eficácia* das condições. 1. Advento ou realização da condição. 2. Condições que se têm como ocorridas. 3. Implemento da condição. 4. Implemento e eficácia da condição. 5. Direito expectativo. 6.

Pendência de condição suspensiva e direito expectativo. 7. Propriedade transmitida sob condição resolutiva. 8.

Condição resolutiva, termo final, resolução e contrarius consensus. 9. Direito expectativo e transmissão. 10.

Alienação do objeto do negócio jurídico condicional. 11. Não-implemento da condição e consequências

§ 546. Condição resolutiva tácita. 1. Dicotomia. 2. Obrigações resolutivas condicionadas

§ 547. Eficácia dos atos pendente a condição suspensiva. 1. Pendente a condição. 2. Conteúdo do art. 122

§ 548. Ônus da prova. 1. Condicionalidade e implemento da condição. 2. Prova da condição posterior e do implemento. 3. Outras regras jurídicas sobre ônus da prova

§ 549. Conceito de termo. 1. O que é termo. 2. Termo explícito e termo implícito. 3. Condição, termo e ilicitude; impossibilidade jurídica

§ 550. Termo inicial, direito e pretensão. 1. Conceito e espécies de termo inicial. 2. Termo inicial e condição; direito expectativo. 3. Termo inicial, créditos e direitos reais. 4. Condição e termos; precisão de conceitos e confusões. 5. Interpretação do art. 123 e discussão do assunto. 6. Direito atual, pretensão e ações futuras. 7.

Créditos pro *rata* temporis

§ 551. *Termo inicial e* pretensão. 1. Direito ainda sem pretensão. 2. Produção do efeito sustido. 3. Termo e pactum de non petendo

§ 552. Situação do titular do direito em caso de termo *inicial.* 1. Direito atual não vencido e direito expectativo.

2. Fora do direito das obrigações

§ 553. Termo *final,* direito, pretensão, ação *e* exceção. 1. Conceito. 2. Direito, pretensão, ação e exceção. 3.

Extinção do efeito atermado. 4. Titularidade em caso de termo final

Capítulo VI

Prazos e Tempo

§ 554. *Prazos* e contagem do tempo. 1. Termo e prazo. 2. Prazos legais e prazos em atos jurídicos

§ 555. Contagem dos prazos. 1. Cômputo. 2. Direito luso-brasileiro. 3. Natureza das regras jurídicas do art. 125, e §§ 1º-4º. 4. Dia final. 5. Domingos e feriados. 6. Prazos fixados por mês e para meado de mês. 7. Prazos fixados por hora

§ 556. *Prazo* nos negócios jurídicos entre vivos e nas disposições

testamentárias. 1. Conteúdo do art. 126, P

parte. 2. Conteúdo do art. 126, 2º parte. 3. Conteúdo do art. 127

Capítulo VII

Determinações Anexas

§ 557. Conceito e tratamento. 1. Conceito. 2. Regras jurídicas sobre determinações anexas

§ 558. Modus ou encargo. 1. Conceito. 2. Figuras jurídicas com que se há confundido o modus. 3. Modus e contraprestação. 4. Conteúdo do art. 128

Parte II

557

Direitos e Pretensões; Deveres e Obrigações

Capitulo I

Direitos, Efeito Jurídico, Direito Subjetivo

§ 559 . *Conceitos técnicos*. 1. Pessoas e direitos. 2. Direito subjetivo e titularidade; precisão do conceito

§ 560. *Atitude metódica*. 1. Fato jurídico e efeitos. 2. Posições passivas

na eficácia jurídica

§ 561. *Direitos e interesses*. 1. Individualismo e direito. 2. Interesses protegidos pelo direito. 3. Proteção de interesses sem criação de direitos

§ 562. *Direito e dever*. 1. Direito e dever, sujeito ativo e sujeito passivo; princípio da individualidade dos direitos. 2. Correlação entre direito e dever

§ 563 . *Eficácia dos fatos jurídicos*. 1. Suporte fático, regra juridica, fato jurídico e efeitos. 2. Direito subjetivo e regra jurídica

§ 564. *Direito subjetivo*. 1. Direito subjetivo e limitação à atividade de alguém. 2. Direito subjetivo e faculdades. 3. Capacidade de direito e sujeito de direito

§ 565. *Teorias a respeito dos direitos subjetivos*. 1. Teoria da vontade e direito subjetivo. 2. Teoria do interesse e direito subjetivo. 3. Teoria do gozo-interesse. 4. Direito subjetivo e poder. 5. Noção de direito subjetivo e sua recente extração. 6. Epígonos do direito subjetivo

§ 566. *Poderes e direitos*. 1. Poderes contidos nos direitos. 2. Poderes-direitos; direitos potestativos; direitos formativos

§ 567. *Poderes contidos*. 1. Conceito de poderes contidos. 2. Faculdades de poder. 3. Sujeito passivo dos direitos

Capitulo II

Espécies Típicas de Direitos

§ 568. Direitos de crédito. 1. Direitos de crédito e pretensões. 2. Tutela jurídica e condenação do devedor 3.

Adimplemento e extinção dos créditos

§ 569. Direitos reais. 1. Conceito de direito real. 2. Direito de opção. 3. Numerus clausus de direitos reais. 4. Se a posse é direito real. 5. Individualização objetiva dos direitos reais. 6. Unicidade de causa dos direitos reais. 7.

Principio da inacumulabilidade. 8. Direitos reais de objeto incorpóreo

§ 570. Direitos reais sobre a coisa *própria.* 1. Constituição e dedução dos direitos limitados. 2. Princípio e exceções. 3. Mesmeidade de titular e registro imobiliário. 4. Mesmeidade de titular e inalienabilidade de um dos direitos. 5. Interpretação dos arts. 695 e 710, 1, do Código Civil. 6. Impossibilidade de exercício, e não do direito real. 7. Se há sucessão na aquisição do direito sobre a coisa própria. 8. Princípio da elasticidade da propriedade e princípio da soma

§ 571. Direitos de família. 1. Laços familiais. 2. Laços protetivos

557

§ 572. Direitos sobre direitos. 1. Conceito de direitos sobre direitos. 2. Caução de títulos de crédito. 3. Medidas constritivas e ineficacização

§ 573. Direitos absolutos e direitos relativos. 1. Conceituação e precisões. 2. Dever de abstenção. 3. Eficácia do registro contra terceiros e direitos absolutos. 4. Direitos reais são sempre direitos absolutos. 5. Domínio, direito absoluto. 6. Direitos relativos e devedor 7. Devedores determinados por certos fatos. 8. Direitos formativos geradores. 9. Direitos potestativos. 10. Direitos expectativos

§ 574. Direitos unitários. 1. Conceito. 2. Consequências

§ 575. Direitos acessórios. 1. Conceito de direito acessório. 2. Direitos que aludem a outros. 3. Com-sorte dos direitos. 4. Direitos partes integrantes de bens imóveis. 5. Principalidade de outro crédito. 6. Eficácia da acessoriedade. 7. Privilégios e prelação

Capitulo III

Direitos Expectativos e Direitos Expectados; Direitos Formativos e Direitos Formados

§ 576. Expectativa *e* direito expectativo. 1. Nascimento dos direitos; expectação. 2. O termo “expectativa 3. Graus de expectação

§ 577. Direitos expectativos *e* direitos formativos geradores. 1. Precisão dos conceitos. 2. Dever de sofrer o nascimento do crédito. 3. Eficácia do direito expectativo.

4. A falsa teoria da pendência. 5. Obstáculo malicioso e ajuda maliciosa. 6. Precisões de conceitos. 7. Se expectativa é efeito jurídico. 8. Distinção precisa entre expectativa e direito expectativo. 9. Exemplificação

§ 578. *A* simples expectativa. 1. O problema da conceiinação da simples expectativa. 2. Expectativa é fato fora do mundo jurídico

§ 579. Conceito de ocupação *e* de direito de apropriação. 1. Ocupação e exercício de direito de ocupaçao. 2.

Ocupação prius e ocupação posterius. 3. Coisas sem dono e ocupação prius. 4. Direitos de apropriação. Dição.

5. Direitos a formar direito real

§ 580. Direitos a formar direitos. 1. Direitos formativos geradores. 2. Permissão de tomada de posse

§ 581. Direitos de intromissão. 1. Intromissões na esfera jurídica alheia. 2. Explicação cientifica do que se passa

§ 582. Divisibilidade dos direitos. 1. Direitos divisíveis. 2. Prestação divisível

§ 583. Direitos formados e direitos formativos. 1. Formaçao de direitos por direitos. 2. Exercício dos direitos formativos. 3. Precedentes da investigação científica. 4. Classes de direitos formativos examinados em relação a outros direitos. 5. Esgalhamento de direitos. 6. Se as exceções são direitos formativos

§ 584. Direitos formativos *e* arbítrio. 1. Faculdades no mundo fático e direitos formativos. 2. Revogação

Capítulo IV

Nascimento, Modificação, Transferência e Extinção dos Direitos

§ 585. Nascimento, modificação e extinção dos direitos. 1. Relações jurídicas, surgimento, modificação e extinção. 2. Aquisição, transmissão e perda de direitos

§ 586. Modificações dos direitos. 1. Causas de modificação. 2. A que são relativas as modificações. 3. Modi-

ficação do conteúdo do direito. 4. Volta de elementos do direito. 5. Modificação de grau no registro

§ 587. Eficácia das modificações. 1. Conteúdo da relação jurídica. 2. Discussão da matéria, na doutrina

§ 588. Disposição. 1. Conceito de disposição. 2. Espécie de ato jurídico. 3. Disposição e atos jurídicos revogáveis

§ 589. Poder de dispor. 1. Titular do direito e poder de dispor; poder de dispor atribuido a outrem. 2. Imitações de dispor e restrições de

dispor. 3. Consequência da falta de poder de dispor. 4. Proteção da boa-fé e disposição.

5. Proibições de alienar. 6. Consequências das proibições de alienar. 7. Disposições proibidas

§ 590. Proibição judicial de alienar. 1. Proibições judiciais. 2. Eficácia da proibição judicial de alienar. 3.

4

Registro preventivo e registro provisional

1

5

§ 591. Transferência de direitos. 1. Transferibilidade e intransferibilidade. 2. De regra, os direitos são transferi-wis; principio do paralelismo da transferibilidade e da constringibilidade. 3. Pressuposto subjetivo nas transferências. 4. Direitos de personalidade e direitos de família. 5. Créditos intransferíveis. 6. Transferência de direitos expectativos

4

3

§ 592. *Transferência de direitos alheios*. 1. Nemo plus iuris transferre potest quam *habet* ipse. 2. A espécie do 1

art. 530, 1, do Código Civil, se alienou o não-dono. 3. Aquisição pelo segundo, terceiro ou posterior adquirente.

4. Sucessão no plano processual. 5. Aquisição por tutela à boa-fé

§ 593. *Extinção dos direitos*. 1. Causas de extinção. 2. Definitividade das extinções. 3. Correlação dos direitos e deveres, no tocante à extinção. 4. O princípio de simetria, em matéria de extinção

Capítulo V

4

3

Pluralidade de Sujeitos e Comunhão

2

§ 594. Sujeito plural. 1. Direitos e pluralidade de sujeitos. 2. Comunhão de direitos. 3. Comunhão simples.

4. Comunhão unitária. 5. Pluralidade de sujeitos na comunhão simples. 6. Créditos e princípio da prevenção. 7.

4

Direitos formativos e comunhão unitária

4

0

Capítulo VI

Patrimônio

§ 595. Universalidades de fato *e* de direito. 1. Conceitos e precisões. 2. Universalidades, no direito romano. 3.

4

Destinação econômico-social. 4. Estradas de ferro ....

4

2

§ 596. *Patrimônios.* 1. Conceito de patrimônio. 2. Elementos do patrimônio. 3. Concepção do direito privado.

4. Contornos, limites e traçados. 5. Titular do patrimonio. 6. Patrimônios separados. 7. Composição do patrimônio separado ou especial. 8. Relações entre o patrimônio especial e o geral. 9. Patrimônio comum e patrimônios gerais dos comuneiros. 10. Patrimônio, elemento do suporte fático de alguma regra juridica 4

4

§ 597 . *Desaparição da universalidade*. 1. Desaparição por desaparição de elementos e outros modos. 2.

7

Inventário positivo e partilha; inventário negativo

§ 598. Patrimônio comum. 1. Comunidade do patrimônio. 2. Administração do patrimônio comum. 3. Patrimô-

nios em círculos concêntricos. 4. Responsabilidade do patrimônio comum. 5. Patrimônio social e patrimônio comum. 6. Patrimônios comuns e patrimônios individuais, geral e especiais. 7. Cessação da relação jurídica. 8.

Natureza do direito do co-titular do patrimônio comum. 9. Patrimônio e liquidação

§ 599. Representação dos patrimônios. 1. Esferas juridicas diferentes. 2. Titular de dois ou mais patrimônios. §

600. Conceito de passivo. 1. Ativo e passivo. 2. Balanço. 3. Elementos do passivo. 4. Responsabilidade limi-4

tada. 5. Convenção da responsabilidade limitada. 6. Negócios jurídicos entre o titular do patrimônio e o 9

557

administrador

§ 601. Valor dos *bens.* 1. Valor e elemento do patrimônio. 2. Modos de avaliação. 3. Valor subjetivo. 4. Valor de preço

§ 602. Sub-rogação real. 1. Conceito de sub-rogação real. 2. Princípio da sub-rogação real no universal. 3. Conteúdo do art. 56 do Código Civil. 4. Direito cogente. 5. Auto-avanço da relação jurídica. 6. Operação substitutiva real. 7. Sub-rogação real na singularidade e na universalidade. 8. O principio do art. 56 do Código Civil e outras regras jurídicas

Capítulo VII

Concorrência de Direitos

§ 603. Concorrência de direitos reais. 1. Princípio da igualdade quanto ao simultâneo e concorrência de direitos.

2. Ação de regramento de exercício

§ 604. Concorrência da posse com a propriedade. 1. Posse e propriedade; evolução milenar do problema e da solução. 2. O art. 505 do Código Civil

§ 605. Concorrência de direitos creditórios. 1. Principio da igualdade dos créditos e princípio da relevância jurídica da concorrência dos

créditos. 2. Concon-ência de promessas. 3. Insolvência e concorrência de créditos; princípio da prevenção. 4. Desaparição de direitos de crédito em caso de concorrência. 5. Precedência lógica de suportes fáticos

Capitulo VIII

Dever Jurídica

§ 606. *Regra* jurídica e dever. 1. Lado passivo da relação jurídica. 2. Correlação entre direito e dever 3. Se há exceção ao princípio metajurídico da correlatividade. 4.“Dever moral”, “Obrigação natural”. 5. Definição de dever moral

§ 607. Conteúdo dos deveres. 1. Ato devido. 2. Dever de tolerar a execução forçada. 3. Dever e obrigação.

4.Afastamento de elementos do patrimônio

§ 608. Capacidade de deveres. 1. Capacidade passiva de direito. 2. Capacidade civil e deveres

§ 609. Deveres das pessoas em geral. 1. Dever de não causar dano. 2. Problema do fundamento da responsabilidade objetiva. 3. Nascimento do dever jurídico. 4. Sanções por infração de deveres. 5. Infração de dever e dever originário. 6. Devedor, nos direitos reais limitados. 7. Incapazes, sujeitos passivos

§ 610. Sujeitos passivos totais. 1. Relação jurídica e sujeitos totais. 2. Explicação científica. 3. Direito de pro -

priedade. 4. Direitos de personalidade

§ 611. Direito e dever, correlativídade. 1. Sujeito ativo e sujeito passivo. 2. Direitos subjetivos e direitos assubjetivados. 3. Efeitos reflexos de regras jurídicas. 4. Direito ao cumprimento das leis

§ 612. Pluralidade de sujeitos de deveres. 1. Posição do problema. 2. Dívidas da herança

§ 613. Atos para aquisição, ou perda. 1. Dever de aviso e atos sem dever. 2. Atos de exercício

§ 614. Colisão de deveres. 1. Exemplificação. 2. A chamada "exceção de domínio" (Código Civil, art. 505, 2ª parte)

557

Parte III

Pretensões e Ações

Capítulo 1

As Pretensões

§ 615. Conceito de pretensão. 1. O que é pretensão. 2. Fim da pretensão. 3. Precisão do conceito de pretensão.

4. Pretensão e categorias que com ela não se confundem

§ 616. Espécies de pretensões. 1. Pretensões pessoais e pretensões reais. 2. Pretensões obrigacionais ditas in rem scriptae. 3. Contra quem se dirigem as pretensões reais. 4. Pretensões e direitos ulteriormente nascidos ou nascidos à parte. 5. Pretensão real, ação real e créditos surgidos da violação

§ 617. Conteúdo da pretensão. 1. Conceito de pretensão e conceituações a serem evitadas. 2. De como se exigem as pretensões. 3. Diversidade do conteúdo das pretensões. 4. Ação declaratória e pretensão de direito material. 5. Pretensão que contém ação e pretensão sem ação. 6. Direitos absolutos e pretensão. 7. Direitos formativos e pretensão. 8. Direitos relativos e pretensões

§ 618. Pretensão de segurança e caução. 1. Pretensão à prestação e pretensão à segurança. 2. Caução, como se presta. 3. Fiança em vez de caução

§ 619. Concorrência de pretensões. 1. identificabilidade das pretensões; concorrência de pretensões. 2.

Pretensão global, unitária, do herdeiro. 3. Pretensões sucessivas. 4.Pretensão à restituição e alienação eficaz pelo obrigado a restituir. 5. Ilícito relativo e ilícito absoluto. 6. Direito de regresso e pretensão de regresso. 7.

Concorrência de pretensões de reparação

§ 620. Cedibilidade das pretensão. 1. Cessão de pretensões. 2. Renunciabilidade e irrenunciabilidade

§ 621. Extinção das pretensões. 1. De como se extinguem as pretensões. 2. Extinção em caso de concorrência de pretensões. 3. Concorrência alternativa. 4. Relação de subsidiariedade

Capítulo II

Ações

§ 622. Pretensão e ação. 1. Princípio geral da acionabilidade das pretensões. 2. Ação (direito material) e "ação" (direito processual). 3. "Ação" judicial e "ação" administrativa. 4. Pretensão sem ação e falsa ablação da ação.

5. Pretensão à tutela jurídica e renunciabilidade das pretensões

§ 623. Precisões sobre o conceito de ação. 1. Ação, no sentido do direito material. 2. De quando nasce a ação.

3. "Ação", sem haver pretensão. 4. Ação e tutela jurídica

§ 624. Classes de ações. 1. Classificação das ações segundo a carga de

eficácia. 2. Ações

§ 625. Interesse de agir. 1. Interesse econômico e interesse moral. 2. Interesse e tutela jurídica. 3. Interesse moral. 4. Ilicitude do interesse. 5. Dano moral

§ 626. Concorrência de ações. 1. Conceito e espécies de concorrência. 2. Propositura de outra ação concorrente.

3. Ações subsidiárias

§ 627. *A* ação de abstenção. 1. Tutela jurídica e pretensão à abstenção. 2. Extensão do cabimento da ação de abstenção. 3. Prescrição da ação de abstenção. 4. Preventividade da ação

III Plano da Eficácia

PARTE 1

Eficácia em geral, começo e cessação

Capítulo 1

Eficácia Jurídica

§ 505. Conceito e espécies

1.Fato jurídico e eficácia jurídica. A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no

suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico.

Incidência é prius; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático, sobre o qual ela incida. A eficácia é, pois, logicamente, posterius; o que não exclui a produção posterior de eficácia desde antes ou até antes da incidência, ou da própria regra jurídica, ou da concepção e elaboração mesma da regra jurídica. O legislador, quanto à eficácia, tem toda a liberdade; os limites a essa liberdade de conceber no passado, no presente, ou no futuro, a eficácia, dependem de outras regras jurídicas, superiores àquela de cuja incidência resulta a eficácia (e.g., regras de direito constitucional, e.g., art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, regras de direito das gentes).

2.

Eficácia jurídica, criação do direito. A eficácia jurídica é criação do direito, ainda quando o efeito jurídico coincida ser efeito fisico. A pré-história e a história adotaram os mais variados efeitos jurídicos e as causas deles variaram, também, através de toda a história humana. Se são incontáveis os fatos que interessam ao direito, também o são os efeitos que ele cria ou faz jurídicos, ligando-os, como conseqüência, à incidência das regras jurídicas sobre esses fatos.

3.

Relação fática *que* se *faz* jurídica. Todo fato jurídico tem a sua eficácia, ou a teve, ou a vai ter. Não há, porém, confundirem-se a existência do fato jurídico e a sua eficácia. Pode bem ser que a regra jurídica, incidindo, torne jurídica relação que já existia no mundo fático. Então, não há cogitar-se, aí, de relação jurídica como pura eficácia do fato jurídico: a relação (jurídica) está nele, porque no suporte fático já estava como relação fática (e.g., relação de filiação, relação de nacionalidáde jure sou). Se alguma relação (jurídica) se compõe depois, é eficácia, e tal relação jurídica é livremente "construída" pela técnica jurídica, seja de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção, que se trate.

4. Eficácia anexa e eficácia reflexa. As vezes ocorre que a eficácia do fato jurídico é mais çio que aquela que a regra jurídica, que o fez

jurídico, determinou. Eficácia é, então, a influência de algum fato jurídico fora da eficácia que é a sua própria: alude-se à irradiação adequada do fato jurídico e nomeia-se o que também éefeito, mas está fora desse quadro. A hipoteca judiciária (Código de Processo Civil, art. 466), por exetnplo, é efeito anexo (cp. Código Civil, art. 824). Quando a eficácia provém de fato estranho à vontade daquele em cuja esfera jurídica ela se opera, diz-se que é reflexa. Exemplo: extinção da hipoteca (a favor, portanto, do proprietário) pelo fato do pagamento da dívida por terceiro (arts. 849, 1, e 930; aliter, ari. 930, parágrafo único). Cumpre observar-se que alguns jurístas põem no rol dos efeitos reflexos casos de eficácia própria: a) a aquisição do tesouro, por metade, pelo descobridor e pelo dono (art. 607; Código Civil alemão, § 984) é aquisição por eficácia própria, e não por eficácia reflexa, pois o descobrimento é "ato real" (ato-fato jurídico) e a aquisição da metade pelo proprietário deriva, diretamente, do fato do descobrimento, e não do ato do descobridor, o que se mostra, ao vivo, na concepção do Código Civil suíço, art. 723, que somente dá ao descobridor pretensão à bonificação (sem razão, A. von Tuhr, Der Alígemeine *Teil,* II, 12, nota 42). Exemplo de eficácia reflexa tem-se no caso da sentença favorável na ação de indignidade de herdeiro, se quem a propôs foi algum interessado que

tem, antes de si, outra, ou outras pessoas chamadas à sucessão (art. 1.596).

Os efeitos reflexos, de que ai se fala, são efeitos de fatos jurídicos como fatos jurídicos. Há efeitos reflexos que só o são de fatos jurididos como fatos, simplesmente.

§ 506. Dimensões da eficácia e qualidade

1. *Alcance da eficácia*. A regra jurídica e com ela, o sistema jurídico determinam desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade. A técnica legislativa, fundada em experiências e investigações lógicas, adota, para isso, conhecimentos preciosos. Não há, porém; principio a *priori* de proporcionalidade, ou de equivalência entre fatos e efeitos: fatos

distintos, às vezes assaz diferentes, podemter os mesmos efeitos. Pense-se no efeito “propriedade dos moveis e nos fatos que o sistema jurídico fez fatos jurídicos (“ocupação”, -“pesca”, “achada” ou “invenção“, “descobrimento do tesouro”, “especificação“,

“posse da coisa como sua durante x anos”). Pense-se na variedade de atos que são punidós com reclusão. O

testamento tanto é testamento se feito por instrumento público, como se kito por instrumento privado.

A regra jurídica tem todo poder no tocante aos efeitos jurídicos. Quanto aos fatos, é menor, porque ou os deforma, o que não pode ir até exclui-los, ou torná-los indiscerníveis dos outros, ou os toma como se apresentam, ou faz lhes corresponda fato função (fato jurídico de que o outro ésinal). O silêncio dá-nos muitos casos de tal equivalência, sugerida por simples comodidade de técnica.

2.

Irradiação espacial e temporal de eficácia. A eficácia do fato jurídico é a irtadíação dele, no espaço e no tempo. A dimensão do tempo é *antes* e depois do fato juridico. Completado o suporte jurídico, a regra jurídica incide. (Aqui; nada temos a ver com a data da *regra jurídica* e o começo da incidência dessa. O que nos interessa é, tão-só, a data da sua incidência sobre o suporte fático; portanto, só a data do fato jurídico. A questão da retroatividade ou irretroatividade da regra juridica nada tem como o nosso assunto.) Desde que o suporte fático se compõe, estão satisfeitos os pressupostos para a incidência da lei. A irradiação de efeitos para desse momento, avançando para o futuro; ou cobre algum tempo do passado, isto é, parte de outro momento, antes da incidência. De muitas maneiras tem-se expresso essa eficácia, ora com exatidão (eficácia desde o dia tal, anterior; eficácia ex tunc; eficácia para todo o ano anterior, ou anos anteriores), ora ambiguamente (eficácia retroativa), ora em linguagem de ficção (o fato jurídico a entender-se-á datado de tal dia anterior). As vezes, em lugar de simples referência ao tempo, liga-se a eficácia a alguma circunstância ou fato de outrora, de modo que a circunstância passada ou o fato passado se faz elemento essencial do suporte fático, embora se diga ser dependente dele a eficácia. O fato passado ou a circunstância passada é certa (= deu-se); razão por que não só a eficácia se prende ao fato passado, ou à circunstância passada: o fato passado ou a circunstância passada é elemento, pelo menos temporal,

do suporte fático. Salvo se a construção separa, precisamente, o fato jurídico e a sua eficácia, admitindo outro elemento, na falta daquele, ou junto àquele. Somente no tempo a vir tem significação a cisão entre fato jurídico e eficácia jurídica. A eficácia no passado também não precisa ser sem lapso temporal entre ela e o fato jurídico. Pode negociar no ano c sobre a posse nos anos a e b ,, ou somente no ano a.

3. Eficácia sucessiva. A eficácia do fato jurídico só se produz, de regra, quando existe todo o seu suporte fático; quer dizer: quando convergem todos os elementos láticos necessários (= pressupostos necessários). Por vezes, o fato jurídico é composto de dois fatos jurídicos (e.g., a oferta e a aceitação), de modo que há a eficácia desses e, depois, a daquele.

Se o suporte fático é de tal estrutura que se há de realizar em sequência descontínua, cada elemento que se constitui é passo dado para se atingir o momento em que se produzirá a eficácia. Porém não se pode dizer, a priori, que cada elemento, que surge, no desenvolvimento do suporte fático, se conta sempre, a) marcando nova situação jurídica, ou criando relação jurídica, ou c) nada estabelecendo, no plano jurídico. O assunto é de alta relevância em direito processual civil, porque, se cada passo na relação jurídica, cabe ação declaratória; aliter, se não a cria. A resposta há de ser a posteriori, ao se ter de interpretar a regra jurídica.

4. Ineficácia em sentido lato e ineficácia em sentido estrito. A ineficácia pode ser a) por inexistência, e ai é evidentemente inadequado falar-se do que não existe e o conceito de ineficácia, que é interior ao sistema lógico,

fica de fora, *b)* por nulidade, e então se alude ao que “é, mas nulamente”, c) por exclusão ou ainda não aparição de efeitos, a despeito de ser e valer, ou ser e apenas poder ser anulado, rescindido, resolvido etc. Ineficácia compreendendo *b)* e c) é ineficácia geral (K. Oettinger, Der Begrfff der *Unwirksamkeit,* 15), ineficácia em sentido lato; a ineficácia c) édita em sentido estrito (K. Oettinger, 23, chama-a “própria”, eigentliche *Unwirksamkeit,* o que não corresponde à

terminologia usual: não é mais "própria" que a ineficácia *b)*.

§ 507. Efeito mínima

1. Vínculação e eficácia mínima. Demasiado atentos às categorias de obrigação, de posição passiva na ação e de posição passiva na exceção, os juristas descuraram o estudo do efeito mínimo, isto é, o efeito que seria o único.

Se algum ato jurídico tem um efeito, já não é ele totalmente ineficaz. A vinculação aparece, como o efeito mínimo, tratando-se de ato humano que entra no mundo jurídico e é eficaz, mas a oferta revogável é eficaz enquanto não se revoga e se teria de dilatar o conceito de vinculação. Pode o ato humano entrar sem essa eficácia presente, de modo que ainda aqui ineficácia e inexistência não coincidem.

Ê da máxima importância não se ter o dever ou a obrigação como o primeiro efeito da relação jurídica, nem como a primeira relação jurídica. A irrevogabilidade da manifestação de vontade, por exemplo, já é outro efeito do ato jurídico: já a oferta se fez; e há mais: já a *vox* não pode ser retirada. Foi, por exemplo, por descurarem desse ponto, que H. Oberneck *(Das* Reichsgrundbuchrecht, ~, 4º ed., 330), E. Fuchs (Grundbegriffe des Sachenrechts, 161 s.) e outros confundiram "estar vinculado" com "estar obrigado", deslocando para o campo do direito das obrigações o acordo de direito das coisas sobre transmissão. Ora, vincular-se àoferta é não poder revogá-la, a despeito da defeituosa terrninologia de algumas regras jurídicas (e.g., arts. 1.080, *verbo* "obriga", 1.081, verbo "obrigatória"), que empregam obrigatoriedade no sentido de vinculação. Tampouco havemos de confundir vinculação e restrição ao direito de disposição ou ao poder de dispor (erro em que incorreram E.

Koffka, Em Beítrag zur Lehre von der dinglichen Bindung, Festgabe fúr Dr. Richard Wilke, 173 s., e P. Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, 21 5.; certos, J. Biermann, Sachenrecht, 65, Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27º-32º ed., 106, L. Rosenberg, Sachenrecht, 34 ed., 199, G. Planck, Kommentar, III, 4º ed., 125, Dietrich Stóver, Einigung im Sachenrecht, Archiu fOr Búrgerliches *Recht,* 26, 191). Se o proprietário do imóvel assina contrato de venda

e compra, mais o acordo (A transmite e B aceita), e depois outro contrato de venda e compra, mais acordo, com C, ainda que esse conheça o acordo AB, e C obtém, antes de 8, o registro, S nada pode contra C (cf.L. Raape, Das gesetzliche Verãusserungsverbot, 113 s.).

2. *Vinculabilidade*. Se o ato jurídico, embora revogável enquanto não ocorre algum fato (e.g., aceitação), está exposto a vincular quem o pratica e, pois, a tornar-se irrevogável, há efeito que éanterior à irrevogabilidade. Tal efeito, para os atos jurídicos, é o efeito mínimo. Quem pratica atos, que entram no mundo jurídico, expõe-se a ele, que é a *vinculabilidade.* Todo ato jurídico tem, pelo menos, esse efeito.

Quanto aos atos ilícitos, de ordinário à sua aparição surgem direito e dever. Quanto aos fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, inclusive os atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, a eficácia deles em direitos e deveres coincide com a existência.

3. Vinculaçáo *e* revogação. Se o fato de que depende a vinculaçáo (= irrevogabilidade) ocorre, há vinculação =

há irrevogabilidade). Todavia, por efeito de reminiscências históricas, os sistemas jurídicos conhecem a revogação excepcional, devido à causa superveniente, ou contemporânea ao ato, que permite a volta ao passado

— a despeito da vinculação — para se ir tirar a *vox* ao suporte fático e se fazer ruir o ato jurídico. É o que acontece com a revogação da doação por ingratidão do donatário (arts. 1.181-1.187) e a revogação dos atos por fraude contra credores, no direito falencial (Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53).

4. Natureza da revogação. A revogação, como ato jurídico, entra na classe da manifestação de vontade, ou da comunicação de vontade ou de conhecimento, que se revoga, porém com sinal contrário. Não é ato jurídico com sinal contrário ao ato jurídico que se vai atingir. Não se dirige à resolução do negócio jurídico, ou à cessação dele, ou do ato jurídico stricto sensu; dirige-se ao próprio suporte fático daquele, ou desse. A revogação é manifestação unilateral de vontade do revogante. Se está em causa ato jurídico stricto sensu, ou negócio

jurídico unilateral, atinge a manifestação unilateral de vontade, com se dá a respeito do testamento, ou dá tributação (imposição ou taxação). Se está em causa negócio jurídico bilateral, é a manifestação de vontade do revogante que é atingida, pela retirada da vox; mas vem abaixo o hegócio jurídico bilateral, porque uma das manifestações de vonfade, que o compunham, está sem o elemento vocal. Assim, a revogação é, sempre, ato unilateral, com eficácia negativa, pela insuficiência, assim superveniente, do suporte fático. Unilateral éa manifestação de vontade na revogação do testamênto; unilateral; a mabifestação de vontade na doação, que é negócio jurídico bilateral. Se, in casu, não é revogável a manifestação de vontade que se Inseriu no suporte fático do ato jurídico, e o manifestante tenta "revogá-la", a manifestação de vontade fica incólume a essa investida. É ato jurídico ineficaz; porque ofende o principio de vinculação, isto é, da inatingibilidade dos atos jurídicos perfeitos, dos direitos adquiridos e da coisa julgada formal, pelo arbítrio de cada um. É o principio de respeito à estabilidade, expresso na máxima Quieta non movere, porém, aí, mais sensível, por se tratar de respeito a direitos, pretensões, ações e exceções.

5. *Princípio da irrevogabilidade*. De regra, os negócios jurídicos unilaterais são irrevogáveis. Dá-se a vinculação jurídica, nos limites do seu conteúdo. Os sistemas jurídicos estabelecem a irrevogabilidade, em princípio, porque quase sempre se atingiria esfera jurídica alheia, e não há razão para se tratarem diferentemente os negócios jurídicos unilaterais e os contratos. Nuns e noutros, retirar a *vox,* revogar, seria desdizer-se, nas relações inter-humanas, prometer e retirar promessa. Os nossos atos, se entram na esfera jurídica de outrem, hão de acompanhar-nos: revogar seria ir contra si mesmo (cf. E. Riezler, Venire contra factum proprium, 143 s.). A vinculação é efeito inexcetuado do negócio jurídico. Se excepcionalmente pode ser revogado, é porque toda a sua eficácia ficou dependente de algum fato. Tal revogabilidade atende a situações criadas pela natureza das coisas, ou por certos interesses superiores, razão por que, também em princípio, a revogabilidade é irrenunciável (e.g., testamento e codicilo). Se irrenunciável, não se ~e cercear ou dificultar a livre revogabilidade. Assim, se o menor de vinte e um anos, com dezesseis anos feitos, faz declaração de vontade negocial, o negócio jurídico conclui-se, embora dependente do assentimento (dito "assistência") do titular do pátrio poder, ou do tutor ou curador (G. Planck, Kommentar, ~, 4º ed., 230). Se esse não lhe dá, é outra a situação. O

assentimento prévio, esse, é revogável até a conclusão do negócio jurídico. A recusa dele é sempre revogável; não é negócio jurídico: é apenas um "não" , não tem eficácia autônoma. A recusa do assentimento posterior (discute-se mesmo se é negócio jurídico, cf. A. Manigk, Willenserklãrung und Willensgeschàft, 731 sã é livremente revogável; pode cair no vácuo, se não há mais ato jurídico do que precisava do assentimento. Se ainda vem a tempo, é ato jurídico Planck, Kommentar, ~, 4º ed., 230).

§ 508. Direitos e deveres como posterius

1. Direitos, deveres, pretensões, ações e exceções são efeitos. No tocante à eficácia, um dos erros em que mais incorrem os juristas é o de crerem em diferença entre situações e posições adquiridas e efeitos jurídicos, entre direitos, pretensões, ações, ou exceções, e eficácia dos fatos jurídicos. Os direitos, as pretensões, as ações, as exceções, como os deveres, as obrigações, as posições passivas nas ações e nas exceções, são eficácia dos fatos jurídicos. Todos eles se passam no plano da eficácia; e é aí que se pode pôr a questão concreta de existirem, ou não existirem, ou de haver possibilidade, ou não, de encobrimento da eficácia, por alguma exceção. Ganha a ciência em separar, com precisão, o mundo fático, em que se compõem os suportes fáticos, e o mundo jurídico, em que somente entra o que está carimbado (digamos assim) pela incidência da regra jurídica. No mundo jurídico, penetram fatos (dito jurídicos): eles é que são o conteúdo desse mundo. Não importa se o fato é humano, ou não; outrossim, se é lícito, ou ilícito. Ser fato *jurídico é* existir no mundo jurídico. Juridicizarse é começar de existir juridicamente; isto é, dentro desse mundo. Dentro dele, há o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Quando os juristas raciocinam como se houvesse o mundo fático e o mundo dos efeitos jurídicos, saltam por sobre dois planos, que vêm antes: o da existência e o da validade. Assim, é incorreto enunciar-se que todo efeito jurídico tem causa em algum suporte fático: com essa linguagem, elide-se a incidência de regra jurídica no suporte fático suficiente, que determina a entrada desse no mundo jurídico, como fato jurídico, e elide-se a verificação de ter sido deficiente, ou não, a entrada. Entre o suporte fático (a) e a eficácia (e) está a regra jurídica *(b),* a incidência dessa regra (c) e nada menos que o fato jurídico (d), de que essa eficácia se irradia. Por isso mesmo já vimos como foi possível a aparição de teorias que consideravam causa da eficácia (e) ora a (a), ora a *(b),* ora a (c),

quando, em verdade, a causa é (d).

2. Ato humano e fato jurídico; eficácia. O direito leva em consideração os atos humanos como manifestações de

vontade; porém não somente como tais: pode admitir que entrem no mundo jurídico suportes fáticos que contêm elemento volitivo, sem que figurem, nele, como atos humanos juridicizados. O mesmo seria dizer-se que se abstraiu da vontade; melhor é dizer-se, contudo, que é indiferente o terem sido manifestação de vontade, ou não. Entram no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Nos negócios jurídicos, e em alguns atos jurídicos stricto sensu, o ato jurídico é posterius da vontade, que teve de manifestar-se: quis-se o ato jurídico em sua categoria. Nos atos jurídicos não-negociais, ou stricto sensu, o ato jurídico pode surgir, a despeito de não ter sido querido. Nos atos-fatos jurídicos, espécie de que falamos no Tomo II, não é o ato jurídico que surge: é o fato, seja lícito seja ilícito. Os efeitos queridos e os efeitos necessários não são os elementos distintivos dos negócios jurídicos e dos outros fatos jurídicos, em sentido amplo: há efeitos queridos de fatos jurídicos e efeitos necessários de negócios jurídicos. Bastaria essa observação para se verificar quantas páginas e obras inteiras estão viciadas, de início, por esse erro preliminar de se definir o negócio jurídico como o ato juridico cujos efeitos foram queridos. Não há negócio jurídico se a vontade não se dirige a uma categoria juridica negocial; donde ser negócio jurídico a categoria que pode, e basta, ser querida. Não ocorre isso com o ato ilícito: o querê-lo éinfração. Nem com os atos-fatos jurídicos, que não são negócios jurídicos; independem eles da vontade do agente: a vontade não é pressuposto necessário. No querer negocial, o particular ou os particulares querem a própria categoria jurídica, posta, entre outras, à sua escolha; ainda que figura atípica.

Por outro lado, é preciso não se confundirem a manifestação de vontade e o negócio jurídico: o negócio jurídico é o suporte fático que entrou no mundo jurídico, por ser suficiente, e a manifestação de vontade é apenas elemento necessário desse suporte fático, e não todo ele. No testamento mesmo, a manifestação de vontade, em declaração,

tem de ser na forma que a lei exige, com os mais pressupostos materiais do negócio jurídico.

Alguns elementos só dizem respeito à eficácia. A morte do decujo é necessária à eficácia; não à existência, ou á validade do testamento.

Entrado no mundo jurídico o suporte fático, então, e somente então, começa ele, como fato jurídico, que já é, a irradiar efeitos: vinculabilidade, tratando-se de oferta, ou de declaração unilateral de vontade sem destino à formação de negócios jurídicos bílaterais; vinculação (= irrevogabilidade); relações jurídicas (direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações; exceções).

§ 509. Deveres jurídicos e "deveres consigo mesmo"

1.

Dever e direito, correlação. O dever é correlativo do direito. Quando, a propósito de ato, ou omissão, que alguém há de satisfazer, para adquirir, conservar ou exercer direito, pretensão, ação, ou exceção, se fala de dever, o conceito demasiadamente se dilata; porque não há direito de que seja correlato. Quando o segurado deixa injustificadamente de comunicar ao segurador o sinistro, de que teve notícia, a ponto de já não poder o segurador evitar, ou atenuar, as consequências, fica esse exonerado (art. 1.457 e parágrafo único). Quando o que adquiriu direito de passagem, segundo o art. 559, sai por outro meio e deixa aquele trânsito antes obtido, perde-o (arg. ao art. 561). O que deixa de protestar o título cambiário endossado perde o direito de regresso contra o endossante e respectivos avalistas (Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 32). Não houve contrariedade a direito; nem havia direito de alguém ao protesto: portanto, não se pode falar de dever jurídico: a falta do ato não causou dano a ninguém; apenas o próprio agente deixa de ter a ação de regresso, como o proprietário, com direito à passagem pelo prédio vizinho, o perde, e o segurado perde o seu direito ao prêmio. O

inconveniente é só para o próprio agente.

2.

O chamado "dever consigo mesmo". A caducidade é sem

contrariedade a direito e, a!gumas vezes, sem culpa, como se dá com os prazos de preclusão. Falou-se de “dever consigo mesmo aludiu-se a que, em tais regras jurídicas, se ordena no interesse próprio do agente. Sem qualquer razão. Não há “devedor”; não há, portanto, dever jurídico. Nenhuma dessas pessoas “deve” o ato, ou omissão; “precisa do” ato ou omissão para obter, ou não perder, ou exercer. Não importa se entra em causa, ou não entra, a culpa. Falar-se, aí, de dever é ir-se demasiado longe; não se coaduna com os sistemas jurídicos. E levar a terreno econômico, ou moral, o conceito jurídico, ou vice-versa (e nisso incorrem, com prejuízo para a terminologia e a técnica, alguns juristas; *e.g.,* Eugen Josef, Zur Anwendbarkeit des § 278 BGB., *Jherings Jahrbdcher,* 55, 260 s.). Não há dever jurídico consigo mesmo. O não dever suicidar-se é, juridicamente, dever perante sujeito ativo total, a sociedade. No píario moral é que pode existir o dever consigo mesmo. Todavia, surge o fato indiscutível da unititularidade em pluralidade de patrimônios (§§ 595-602).

557

Capítulo II

Aquisição: Originária e Derivada

§ 510. O início dos direitos) pretensões e ações

1.

Conceito cientifico da aquisição. O suporte fático pode ser somente composto de fatos do mundo, ou de fatos do mundo mais fatos jurídicos. No primeiro caso, — atrás do suporte fático, não há direitos; no segundo,

— há pelo menos uma relação jurídica. Se o fato jurídico é o cerne do suporte fático, entre a nova relação jurídica e a anterior há relação causal, como entre o suporte fático do fato jurídico novo e o suporte fático do fato jurídico anterior. Se o suporte fático do fato jurídico, de que nasce direito, pretensão, ação ou exceção, é sem ligação com outro fato jurídico, diz-se que é *originária* a aquisição. Se existe a

relação causal, diz-se *derivada.*

2.

Aquisição originária e aquisição derivada. A aquisição originária é aquisição por uma ou mais pessoas, sem qualquer alusão a outra pessoa. A aquisição derivada é de pessoa a pessoa, ou, se a lei o permite, sem mudança dc pessoa. As vezes, de direito existente surge outro (o dono da árvore adquire os frutos, o dono da terra adquire a árvore); porém, de regra, a aquisição derivada suscita a sucessão, e a ligação de direito a direito não é derivação com sucessão: uma pessoa substitui-se a outra, na relação jurídica (sucessão transíativa); ou a outra pessoa passa elemento do direito de outra (sucessão constitutiva). Nos casos de estipulação a favor de terceiro, discute-se se a aquisição pelo terceiro é originária, ou derivada. Enquanto K. l-Iellwig *(Wesen* und *subjektive Begrenzung* der *Rechtskraft,* § 41; *Lehrbuch,* 1, 284 s.) entendia que há derivação, pois a titularidade do terceiro depende do ato dispositivo do estipulante, a corrente mais forte não vê qualquer derivação: o terceiro adquiriu originariamente o crédito, que antes não existia; houve atribuição patrimonial sem transferência. Dar-se-ia o mesmo no tocante à assinação, ativa ou passiva. O assunto merece exame mais demorado, que se fará a seu tempo.

No suporte fático da aquisição originária, não há a figura de alguém de quem procedeu o direito. O direito é absolutamente novo. Se havia, antes, o direito de alguém, não importa, pois que não é de tal titular que vem o direito. Na comistão, na especificação e demais espécies de aquisição, em que pode ter sido dono das matérias, antes, outra pessoa, a aquisição é originária.

Se o que não pode alienar aliena, o efeito real (da transmissão) falta. Pode haver contrato consensual válido e eficaz; mas o ato de disposição é ineficaz. Torna-se eficaz se sobrevém o poder de dispor, ou se o dono ratifica o ato de disposição praticado por outrem. Todavia, se o ato de disposição foi no interesse de outrem, regem os arts. 1.331-1.345 (R. Weyl, *Vortráge,* 1, 287; O. Dilthey, *Vergleich* der *Wirkungen der gemeinrecbtlicben* exceptio rei venditae et traditae mit *BGB.,* § *185 Abs. 2,* 23; Emil Gosselke, Der *Inhalt* des § *185* des *BGB.,* 12

s.).

Quanto aos títulos de crédito ou representativos, cuja aquisição se dá em virtude da posse de boa-fé, a aquisição é originária se o que transferiu a posse não era dono. Porque só o que é dono pode transferir, salvo se o disponente tem poder de disposição, como o credor pignoratício na espécie do art. 802, IV. Se alguém constava do registro de imóvel como dono, opera-se a aquisição por força do art. 530, 1, e a sentença que atinja o registro não mais apanha o adquirente (adiante, § 510, nº 2). E preciso compreender-se que não foi do direito romano que se importaram tais princípios (cf. W. Th. Kraut, *Grundriss,* 6º ed., 204 S.; J. Papendieck, Der *Eiqentumserwerb* durcb *Ubergabe* seitens eines NichteigentOmers, 18 s.). Não se podem invocar os princípios germãnicos que se prendem ao Hand wabre Hand onde o direito romano é a fonte; nem vice-versa. Tal o que se há de observar estritamente, nesta obra. Não podemos, hoje, pensar em aquisição derivativa, se o alienante do titulo cambiário, ou do warrant, ou do conhecimento de depósito, ou do título cambiariforme, na era dono (G.

Carlin, *Niemand kann aul einen* Anderen mehr *Recbt* Obertragen, *ais er selbst* bat, 100; J. Papendieck, 61). A aquisição é originária.

3.

Aquisição derivada transiativa e *aquisição derivada constitutiva.* A aquisição derivada ou é *translativa,* se o sucessor adquire o mesmo direito que competia ao autor (e.g., transmissão da propriedade, cessão de créditos), que assim o perde, ou é consti *tutiva,* se há passagem a outrem de direito, tirado do direito do sucedido

(servidões, penhor, posse imediata). A sucessão executiva é espécie da sucessão transíativa. Quer se trate de execução voluntária (entrega da coisa, em dação em soluto; ou prestação da coisa vendida), quer se trate de execução forçada.

A aquisição constitutiva (e.g., usufruto, que o proprietário constitui) foi tida por alguns, com razão, como sucessão (C. G. Wächter, Handbuch, 1, 612; A. Exner, *Die Lebre vom Recbtserwerb* durch *Tradition,* 1-4, e *Kritik des Pfandrechtsbegriffs,* 53; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, § 128,111; O. von Gierke, *Deutscbes Privatrecht,* 1, § 32);

por outros, não (J. Unger, System, II, § 72; J.Baron, Pandekten, 8º ed., 86; E. Helder, *Pandekten,* 186). Quem constitui direito real transfere algo do que é seu. Não se precisa de identidade quantitativa do direito transferido para que se dê sucessão; nem de identidade qualitativa. Aliás, na sucessão, o que importa é que o direito do sucessor provenha do direito do sucedido, sem que se precise da teoria do direito novo ainda se o todo do direito vai ao sucessor (aliás, C. Neuner, *Wesen* und *Arten* der *Privatrechtsverhàltnisse,* 116 s., e J. G. Mansbach, *Niessbrauch* an *Forderungen,* 14 s., entendiam que o direito do sucessor é sempre outro).

§ 511. Modo de aquisição

1.Modo de *aquisição* e *título* de *aquisição.* Adquirir direito étornar-se o seu titular O suporte fático concreto, de que deriva essa mudança subjetiva, é o *título* de aquisição. Modo de aquisição é o suporte fático abstrato, que corresponde à regra jurídica sobre aquisição. Prevê-se como se adquire. Há modos de adquirir qualquer direito; se bem que mais se cogite dos modos de adquirir a posse, a propriedade e os direitos reais limitados. A cessão, que tem o seu mecanismo próprio, corresponde aos direitos pessoais. A distinção entre titulo de aquisição e modo de aquisição atende à diferença entre a existência de direito adquirido e a adquiribilidade do direito (J.

Unger, *System,* II, § 72, 13, nota 41), à concreção e à abstração do suporte fático. Todavia, convém atender-se a que, por vezes, titulo está em vez de "suporte fático concreto para se transmitir":0 que compra o prédio tem como título a venda e compra, mais o acordo, com o qual, registrado, adquire a propriedade; o que herda tem no fato da morte do decujo o titulo, a que o inventário e a partilha aludem; o que arremata tem no ato da arrematação o titulo, posto que a transferência só se dê por ocasião do registro. Título, nos arts. 550 e 551, 618

e 619, é título no último sentido *(titulus adquirendi),* conceito que provém de generalização do que se diz na L.

31, D., de adquirendo *rerum* dominio, 41, 1.

2.

Modo de aquisição *originário* e modo de aquisição derivativo. O modo de aquisição ou é originário ou é *derivativo.* Foi a escola do direito natural, principalmente Hugo Grócio (De iure *beili* ac pacis, II, c. 3 s.), 9ue fez a distinção. Os jurisconsultos romanos desconheciam-na. E preciso, porém, precisarem-se os conceitos, porque alguns juristas atendem à existência do direito, ou não-existência dele, antes, sobre a coisa; de jeito que a ocupação e a especificação seriam modos derivativos; outros, à relação entre o adquirente e o dono anterior.

Aqueles (ainda recentemente, F. Carnelutti, *Lezioni,* II, 227 s., e *Teoria* giuridica *della circolazione,* 182, sob influência, por certo, de G. Pacchioni, Corso di Diritto romano, II, 2º ed., 375), absolutamente sem razão; pois o que se há de considerar é se a aquisição tem relação, ou não, com alguém, antecessor, que ê titular, ou tem poder de dispor. A usucapião é modo originário de adquirir, porque não há no suporte fático qualquer ato do titular anterion ou fato concernente a ele, se *havia titular.* Quem usucape adquire, sem se ter de apurar se havia ou não, titular, ou pessoa com poder de dispor. Todavia, a relação entre o outorgado e o outorgante, que se há de encontrar no suporte fático de todo modo derivativo de adquirir, não precisa ir para aquém do outorgante: pode o direito do outorgante ser atacável por outrem, juridicamente anterior, ou preferente. Dai ser de repelir-se a exigência de ser idêntico, em juridicidade, o direito do adquirente e o direito do alienante (e.g., E. 1. Bekker, *System,* 1,105; T. Ravà, *II Titolo di* credito neVa teoria dell‟acquisto *dei diritti,* 41, que não atendeu aos ensinamentos de G. Venezian, La *Tutela dell'Aspettativa,* 15). Também não é preciso que no suporte fático da aquisição derivativa haja ato do titular anterior, ou da pessoa com poder de dispor: basta a relação, fundada em ato ou fato concernente ao titular anterior, ou à pessoa com poder de dispor. Por isso mesmo, a sucessão legítima é modo derivativo de adquirir, embora não haja, no suporte fático da transmissão hereditária legitima, qualquer ato do decujo: há, apenas, o fato da sua morte e o laço de parentesco. Dá-se espécie semelhante no transitus *legalis,* como está, por exemplo, no art. 40, parágrafo único, da Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908 (lei cambiária): "O interveniente voluntário que paga fica sub-rogado em todos os direitos daquele cuja firma foi por ele honrada"; ou no traspasso, *ope legis,* da cambial e dos direitos inerentes a ela ao obrigado cambiário que paga.

A titularidade do alienante não é pressuposto necessário da aquisição derivativa; pode acontecer que outrem,

que ele, possa alienar. Todavia, no caso de haver discordância entre o encadeamento histórico dos direitos e o registro de imóveis, àquele éaberta a possibilidade de retificação, enquanto terceiro não adquire. A respeito do registro em nome do que adquiriu a non domino, ou por titulo nulo, ou anulável, não se pode dizer que o titular secundum *tabu las* não seja titular: titular ele o é; apenas está exposto a ações do que devia figurar ou continuar figurando no registro. Quando o terceiro adquire, adquire originariamente, não do que deveria figurar ou continuar de figurar no registro, e sim originariamente, através do que nele figura e alienou ao terceiro. Não se procure explicar o que se passa com a definição da aquisição derivativa como relação entre duas relações jurídicas sucessivas: e ineliminável o elemento subjetivo, exatamente porque o registro é objetivo; o transferente é o que figura no registro, e só ele: o que deveria figurar nada transmitiu, e o que transferiu não tinha direito de dispor. Não é menos inadmissível a teoria que aponta dois autores da transferência, o que deveria figurar e o que figurava (e.g., K. Hellwig, *Wesen* und subjektive *Begrenzung* der *Rechtskraft,* 104; *Lehrbuch,* 1, 274 S.; O. von Gierke, Deutsches *Privatrecht,* 11, 576; contra, com toda a razão, E Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, *Jherings Jahrbücher,* 47, 376).

3.

Derivação e direitos reais. A derivação, em se tratando de domínio e outros direitos reais, pode consistir: a) em negócio jurídico de disposição (arts. 530,1, *verbis* “titulo de transferência”, 531, “títulos transiativos da propriedade por ato entre vivos”, e 530, IV, combinado com os arts. 1.626, 1.690 e 1.692, quanto a legados e herança testamentária), quer se trate de titular do direito, quer de outrem, investido do poder de disposição; *b)* em decisão judicial ou administrativa (e.g., Constituição de 1988, art. 184), que transfira o direito, em processo de execução forçada, desapropriação ou execução de plano de economia dirigida; c) em fato jurídico ou ato-fato jurídico de que resulte transferência *ope legis; d)* na sucessão hereditária legitima (arts. 1.603-1.625; DecretoLei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 17, com a redação determinada pelo Decreto-Lei nº 5.187, 13 de janeiro de 1943). A aquisição, na espécie *d),* é universal; na espécie *b),* a titulo singular; nas espécies a) e *c)* é, de regra, a título singular, posto que haja casos de sucessão universal *(e.g.,* herdeiros testamentários).

§ 512. Aquisição originária

1.

Originariedade da aquisição e espécies *principais.* A aquisição é originária se o direito não é o mesmo que o anterior, se o havia, nem havia outro, de que proveio, nem foi constituído com *ele* mentos de outro direito.

As relações jurídicas creditórias dão sempre ensejo a direitos, cuja aquisição é originária; porque o direito nasce *ex* novo, — é direito que exsurge da relação jurídica que ora se cria entre duas pessoas. A ocupação de móveis sem dono (adéspotas), ainda que assim sejam porque o dono deles os derrelinqúiu (derelictio, derrelicção), é aquisição originária. Nem se pode dizer que a validade da denelicção seja pressuposto da apropriação e o ocupante só adquire a propriedade, se quem a derrelinqiliu a tinha (sem razão, A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teu,* 11, 41), mesmo porque a ocupação é, ou não é, não se contagia com a invalidade de atos jurídicos, — é ato-fato jurídico. Volveremos a tratar do assunto, no direito das coisas. Não se tem de inquirir do passado da coisa quanto a direitos de que foi objeto:

só se há de exigir que, no momento da ocupação, o bem não seja de alguém. Se, contra os fatos que mostram isso, alguém postula que foi dono dela e não a derrelinqiiiu, há a luta de provas, e so se pode estabelecer a presunção da continuidade do direito se a prova de propriedade foi feita: a apropriação envolve ato de posse. A coisa abandonada (derrelicta) trata-se como a coisa ainda não apropriada. Houve quem visse na ocupação dos bens móveis aquisição pelo "expor" do direito (Rechtsverleihung), mas esse aspecto que apontara 1(. Hellwig (Wesen und subjektive *Begrenzung der Rechtskraft,* 271; *Lehrbuch,* 1, 284, texto e nota 32), inspirado em E.

Hólder *(Pandekten,* 180), não basta para criar classe de aquisição: a espécie não é diferente das outras, quanto à natureza da aquisição. Certos, R. Sohm (Der Gegenstand, 36), K. R. Romeick *(Zur* Technik des *BOrgerlichen Gesetzbuch,* III, 78) e a doutrina dominante. Argumenta-se que podem subsistir gravames da coisa; mas é inoperante: os direitos reais ficam, ainda se perde o dono a propriedade; a permanência deles é normal, quer se dê, quer não, a apropriação posterior.

Quanto à propriedade imóvel, tanto a renúncia quanto o abandono deixam sem dono o imóvel; ainda quando acontece que o renunciante ou o abandonante espera que do bem imóvel alguém se aproprie (dado psíquico irrelevante), como a respeito da derrelicção do bem móvel. Não se discute a validade da ocupaçao: ocupação houve, ou não houve; e o que importa é o presente: tem dono, ou não tem dono o imóvel. Se assim não se concebe a aquisição, não se pode ter por originária (contraditório, A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teu,* II, 41 s.). No direito brasileiro, em que se distinguiram a renúncia e o abandono, com toda a precisão (Código

Civil, art. 589,11 e III), o imóvel abandonado é arrecadado como bem vago e só dez anos depois, se localizado em zona urbana, ou três anos depois, se em zona rural, passa ao domínio do Estado, do Território, o u do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições (art. 589, § 2º, a) e *b))*. No direito alemão, o Estado pode apropriar-se do imóvel "renunciado" e só ele o pode, mediante registro, posto que não se exclua a usucapião. (Os tradutores de livros alemães estão a confundir os dois institutos, o da renúncia, que o direito alemão tem, e o do abandono, que ele não tem; o direito brasileiro tem os dois.) O abandono do bem móvel (derrelicção) é negócio jurídico; o abandono do bem imóvel, ato real de deixada da posse, ato-fato jurídico. O que, a respeito de bens móveis, apenas é ato real, embora se possa revestir de outro elemento, inclusive negocial, éa não-posse do proprietário (deixada da posse), durante o tempo suficiente para que outrem adquira, por usucapião, o bem. Por isso mesmo, quando os juristas dizem que o abandono é ato de disposição e ato real de deixada da posse somente põem, na definição, elemento que a explicita. Porque, se pode haver renúncia com a continuação da posse, ou antes da deixada da posse, não pode haver abandono com a continuação ou antes da deixada da posse.

Não há dúvida que no abandono é preciso que haja o ato humano idôneo a pôr o bem fora da disponibilidade material, para que a pessoa saia da relação jurídica de propriedade, razão por que a relação jurídica desaparece (não há relação sem um dos termos, por definição). Por direito moderno, assim é; e a coisa étratada, depois, como *res nullius.* O direito brasileiro conserva o abandono da propriedade imóvel, que outros sistemas jurídicos relegaram. O

animus é só o de perder a propriedade, entrando no mundo jurídico o ato como ato-fato jurídico; e não há o animus de qualquer traditio in incertam personam, o que se observava no iactus missilium e ainda hoje nas esmolas, dádivas e prêmios jogados a esmo, porque, então, ao lado da demissão da propriedade, há a direção a alguém, embora pessoa incerta.

O proprietário do bem imóvel pode renunciar à sua propriedade. O seu interesse está, algumas vezes, em tal ato; *e.g.,* se os impostos e taxas, que tem de pagar, excedem o valor do imóvel ou se a lei lhe exige obras que não lhe convêm (como diques, muralhas, escoamentos, saneamento), ou se não deseja que o seu nome figure na hasta pública, ou se é condição de algum negócio jurídico, ou se não quer, por motivos afetivos, alienar o prédio, nem no conservar. Porém o direito não exige a causa ou o motivo da renúncia. A renúncia é ato jurídico abstrato.

De iure condendo, há duas soluções ao problema da renúncia da propriedade imóvel: ou a) bastar-lhe o abandono da posse, com intuito de se renunciar à propriedade; ou *b)* sujeitar-se a renúncia a exigências registrárias. No caso *b),* nada obsta a que se conserve a posse, ou se transmita a outrem. Se se conserva a posse, ou se se readquire depois, pode-se vir a usucapir aquilo a que se renunciara.

A renúncia da propriedade imóvel é negócio jurídico unilateral de disposição. Não admite resolutividade. Por ele, a propriedade se torna sem dono, *res nullius.* Os demais direitos reais sobre o bem imóvel continuam. O

bem imóvel, daí em diante, pode ser adquirido por usucapião. Se o bem a que se renunciou é objeto de direito real de garantia, os credores podem executar a dívida.

2.

Mesmeidade do conteúdo do direito sem mesmeidade do direito. A aquisição pode ser originária, a despeito de ser o mesmo o conteúdo do direito que pertencia a outro. Só a emanação direta do direito (e não basta a do conteúdo) faz ser originária a aquisição. Se não há a dependência no tempo, não há derivatividade: o suporte fático, embora entrem nele os mesmos elementos que entravam no outro, é

novo, próprio. Os direitos podem vir um após outro, ou uns após outros, no tempo, sem que haja sucessão, no sentido jurídico; a sucessão, ai, é apenas cronológica (diremos "sequência temporal de direitos"), e o tempo só tem importância, para o direito, se entra como elemento de suporte fático. Sucessão no tempo puro, que é o da física, não é, só por si, sucessão no tempo juridicizado, que é o do mundo jurídico. A data do direito tem quase sempre relevância jurídica; porém raramente o tempo-ligação, o tempo entre datas. Acontece, por isso mesmo, que se abstrai do intervalo *(e.g.,* só se atende à prioriedade, e às vezes nem a ela se atende). Se os dois ou mais direitos, do mesmo conteúdo e incornpossiveis, entrum no mesmo trecho de tempo, então a aquisição originária encontraria o direito de outrem. Os juristas romanos não empregavam succedere no sentido estrito; e isso concorreu para confusões. Mais ainda após o Código Civil alemão *(e~g.,* §§ 1.164, IA parte, 1.173, 2º parte, 1.174, 1.182, 2.168, 2º parte).

3.

Conceitô preciso de sucess~o. O serem o mesmo o direito do sucessor e o do sucedido, ou parte dele, ou

ser o daquele composto com elementos desse, é que define a sucessão. No caso de aquisição de propriedade em virtude de posse de boa-fé não há sucessão (e.g., títulos ao portador); a aquisição é originária (IC R. Romeick, Zur Technik des BOrgerlichen Gesetzbuch, III, 35 5.; A. Exner, Die Tradition, 66, nota 50; F. Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigteri, Jherings *Jahrbdcher,* 47, 339 s.; antes, E. 1. Bekker, *Pan dekten,* 1, 109). Em verdade, ~o direito dó outro não desapareceu; e surge o novo? Dois direitos, um dos quais suplanta o outro, dizia A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* 11, 42 s.). Hans RarI Nipperdey (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 39º ed., § 130, nota 3) aludia a "traspasse" de direito que não ésucessão, conceito que orça pelo paradoxo. Pode ter havido toda a aparência do traspasse, não o traspasse; salvo se consideramos traspasse o negócio jurídico de disposição e a aceitação, "sem o objeto que teria de ser traspassado". O objeto havia de ser o direito; não a coisa. O que houve foi o fato da tradição, e regra jurídica excepcional tem-no, mais a boa-fé, como suporte fático suficiente. Portanto, aquisição originária; o disponente não traspassou direito. Do lado dele, nada importa à regra jurídica: foi

e continua de ser não-dono. Do lado do adquirente, sim: o fato + a sua boa-fé são o suporte fático da regra juridica sobre aquisição.

O direito precedente cessou porque a sua subsistência seria incompatível com a do novo direito? Assim pensou A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* 11 42 s.). O direito não pode cessar porque outro surge; o que se dá é que as regras jurídicas pertencem a sistema lógico, e não se pode admitir que, havendo regra jurídica que considere suficiente suporte fático para a aquisição (o que produziu o novo direito), outra *não* exista que tenha o direito precedente por extinto: donde a regra Duorum in solidum dominium esse non possunt. Aliás, é provável que já se trate de direito destituído de pretensão e ação, ou só de ação (cf. Melo Freire, *Institutiones,* III, 30; nosso Tratado *de* Direito Predial, 1, 106 s.). Quem adquiriu o bem a não-dono, ou o adquiriu por usucapião, comistão ou adjunção, adquiriu originariamente. Desde o momento em que tem efeito a renúncia ou o abandono, o bem é adéspota. No próprio direito alemão (renúncia) e no brasileiro (abandono), a apropriação polo Estado é originária; nesse, durante dez ou três anos, o bem localizado em zona urbana ou rural, que foi, em verdade, abandonado, é sem dono.

O usucapiente invoca o suporte fático suficiente para usucapir (posse + tempo + boa-fé; ou só posse ± tempo).

Nada tem ele com o proprietário anterior. Ele, sozinho e, pois, originariamente, adquire. Não é dessa usucapião *que* deriva a perda da propriedade pelo proprietário precedente (sem razão, A. von Tuhr, Der Allgemeine *Teu,* II, 42 s.). Dá-se o mesmo com a comistão e a adjunção: não é o direito novo que suplanta o precedente; o objeto do direito precedente "desapareceu": o suporte fático, que devia permanecer, desfez-se. Destarte, qualquer referência, aí, àsuplantação de direitos é destoante de boa técnica jurídica, e não traduz os fatos.

O direito à cártula, nos títulos ao portador, baseia-se na posse: é derivativa, ou originária, a aquisição. Nos títulos à ordem ou endossáveis, o direito à cártula é derivado, porque há de constar do endosso a transmissão. O

direito à apresentação do título ao portador, ou endossado, ao que o subscreveu, ou emitiu, para a formação da relação jurídica entre o portador, ou endossatário, e o subscritor, ou emissor, é de aquisição originária: o que nasce ao portador, ou endossatário, é em virtude de direito formativo gerador, que se estabeleceu no *título,* razão por que

não se cogita dos direitos do portador anterior ou do endossante.

4.

Sequência temporal de direitos. Todos esses casos são de simples seqüência temporal de direitos. Há muitos outros; *e.g.,* se houve substituição de tutores, curadores, testamenteiros, síndicos. Nenhuma ligação jurídica há entre o precedente e o novo titular dos direitos. Quanto aos títulos ao portador e outros bens, de que, em virtude de regra jurídica especial, se adquira a propriedade com a simples posse de boa-fé, ocorre o mesmo.

Há, no sistema jurídico, regra jurídica, escrita ou não-escrita, segundo a qual o direito do proprietário precedente cessa. Porém é inexato, lógica e juridicamente, dizer-se que foi o novo direito que suplantou, ou fez cessar. Houve perda de elementos no suporte fático sobre o qual incidira a regra jurídica de aquisição e de permanência do direito.

§ 513. Conceito e espécies de sucessão

1. Derivação e sucessão. Incidindo sobre o suporte fático a regra jurídica, pode alguém, que fique como termo de relação jurídica, adquirir direito. O suporte fático que as regras jurídicas admitem como suporte de aquisição de direitos são atos humanos, quase sempre declarações ou manifestações de vontade, ou fato que não é ato humano (e.g., morte). Se o direito de outra pessoa entra no suporte tático, a aquisição é derivada. Aquele, a

quem pertencia o direito, é o autor ou sucedido; o que adquire, sucessor. Fala-se de sucessão exatamente porque se pensa na identidade do direito, ou, pelo menos, na identidade com a parte do direito anterior, passando do sucedido ao sucessor.

2. Dependência entre direitos. Na aquisição derivativa, — do direito de outrem, sendo, como é, causa, depende o do adquirente. Na aquisição originária, ainda que haja, antes, esse direito de outrem, o do adquirente não depende dele. E, a despeito *daquele,* em vez de ser devido a *ele.* A reversão de direito por decretação de nulidade, anulação ou rescisão, ou resolução por inadimplemento, não é sucessão. O que adquiriu o direito, no tempo intermédio, não se conta.

A sucessão tem suporte fático, que lhe é próprio. Ou é a) ato de disposição do titular do direito, com a aceitação do sucessor, ou *b)* ato de apropriação por parte desse, precedido de negócio jurídico, ou de ato do Estado, ou *c)* eficácia de lei que estabeleceu a transferência.

3. Nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse. Se há sucessão, o sucessor não pode ter recebido mais direito do que teria o sucedido. Se o direito do sucedido não existia, ou se lhe decretou a nulidade, também não existe o direito do sucessor. Se o direito do sucedido dependia de termo ou condição, ou se há limitações, ônus, ou gravame, também os tem o direito do sucedido. Por isso mesmo, aquisição da propriedade quando o que alienou não era proprietário, nem adquiriu, depois, a propriedade, é originária (E Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jherings *Jahrbdcher,* 47, 339 s.), não é derivada, — se o adquirente sucedesse ao que constava do registro, a regra de não se receber mais do que tinha o sucedido estaria infirmada.

Se a disposição do direito ou a constituição de direito contravém regra jurídica, de que resulta nulidade, que pode ser arguida por aquele que interesse tenha na decretação (e.g., se impossivel o objeto, ou absolutamente incapaz o disponente ou o constituinte do direito, ou se a lei cominou a pena de nulidade), ou se contravém regra jurídica, de que só resulta anulabilidade, revogabilidade, ou rescisão, não importa para a questão de se saber se o alienante era não-dono. O ato jurídico rescindido ou anulado, com a coisa julgada, não se distingue do ato jurídico nulo. Observe-se, porém, que o ato de disposição é abstrato.

4. Sucessão legal e sucessão voluntária. A sucessão pode depender, ou não, da vontade do sucedido, e.g., sucessão legal a causa de morte e sucessão testamentária.

A reversão de direito, pretensão ou ação, consequente à condição resolutiva, ou à sentença de decretação de nulidade, ou de anulação, ou de revogação, não é aquisição derivativa; ainda se subsiste direito do titular intermédio, ao tempo da reversão. A transmissão suspensivamente condicional, ao cumprir-se a condição, é sucessão; o adquirente sucede ao transminente, excluído o que, com eficácia restrita, adquiriu, no tempo intermédio.

5. *Lide pendente e coisa julgada*. No direito processual, tem-se de atender a necessidades do plano eni que ele se realiza: O Estado, por seu árgão, tem de entregar a prestação jurisdicional; e não poderia levar em conta todo o passado das relações jurídicas e das situações jurídicas; daí haver eficácia da litispendência (Código de Processo Civil, art. 301, V e §§ 1º-3º) e eficácia da coisa julgada (Código de Processo Civil, art. 301, VI e §§

1º-3º), de que o direito material não cogita.

§ 514. Causalidade e sucessão

1. Sucessão *e* alienação; *poder* de dispor. Tanto no direito privado quanto no direito público, especialmente no direito das gentes, a sucessão é de alta relevância. O sucessor só tem o direito que o sucedido tinha, ou menos.

As limitações são as mesmas e as mesmas as restrições de ordem negocial, que atinjam o direito. Ao sucessor vai o direito com as condições, termos, servidões, gravames etc. Se o sucessor tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção, a mais, não proveio da sucessão. Por direito romano, o credor pignoratício podia alienar o objeto do penhor e pagar-se; por direito moderno, isso também se faz por agente estatal ou corretor (porteiros,

leiloeiros, corretores). Além disso, têm poderes de dispor o mandatário e os representantes, de jeito que transferem o que não têm. Dai tiraram A. von Tuhr *(Der* Allgemeine *Teu,* li, 51), L. Enneccerus

(Lehrbuch, 1, 339) e outros que o princípio Nemo pILIs iuris ad alium transferre *potest* quam ipse *habet* sofre exceções. Esse pensamento vem de Ulpiano (L. 46,D., de adquirendo rerum domínio, 41, 1), onde se diz: "Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit" (Não é novo que o que não tem o domínio dê a outro o domínio: porque o credor, vendendo o penhor, dá causa de domínio, que ele mesmo não teve.) Já antes dissera (L. 20, *pr.):*

"Tradítio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qul tradit, si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad cum qui accipit nihil transfert." E mais (L. 20, § 1): "Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui acclpit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, com servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes dedebantur fundo qui traditus est, curti iure servitutlum debitaram transfertur."

adquirente do objeto penhorado não é sucessor do credor pignorntíclo; nem o comprador o é do mandatário ou representante, que vendeu. Aquele o é do devedor dono do penhor, ou do dono desse, que empenhou em garantia da dívida de outrem; esse o é do mandante ou do representado. Sucessor do credor pignoratício seria outro credor pignoratício a que se tedeu o crédito; sucessor do mandatário seria o substabelecido no mandato, ou o sub-outorgado (e.g., mandatário) do representante. Assim, L. Enneccerus, com a aprovação de Hans Cari Niliperdey, na 39º edicãõ, confundiu, lamei-itavelmente, a sucessão nos direitos e a concessão (plano fático!) dos poderes e faculdades. A venda do penhor, no direito romano, pelo credor pignoratício, e a hasta pública, em direito moderno, não são direito, — são poder. O problema é o mesmo que se tem na distinção entre direito constituído e direito pessoal a respeito de bem imovel ou móvel, entre usufruto e locação, entre alienação e poder de dispor. O poder de dispor é elemento do direito; não é direito. A sucessão na transfrtência de direitos alhélos contém a sucessão, transíativa ou constItutiva, entre o que era direito de A e o que é direito de B e o exercício do poder de dispor, entregue a C, que, no tocante àsucessão, nenhum papel têm. Trata-se de sucessão *de* direitos: o hiandatário ou o representante não transfere o poder de dispor, que está com ele, quando ele aliena o direito ou constitui direito; o próprio poder de dispor, que tem o adquirente, é o que veio com o direito transferido, ou constituído, e não o que estava com o mandatário, ou o representante, porque esse, exercido, se exauriu.

O adquirente por derivação só o é até onde iam os direitos, pretensões, ações e exceções do seu antecessor. O

princípio está à base mesma do conceito de derivação, posto que se apresente, nas leis, na doutrina e na jurisprudência, em variantes marcadas; e não sofre exceções, por ser a priori: a) Nemo plus iuris *transferre* potest quam h *abet* ipse (Ulpiano, na L. 54, D., de diuersis *regulis* iuris antiqui, 50, 17: “Nemo plus iuris ad alium transfen-e potest, quam ipse haberet”), — regra verdadeira e exata, pois, se alguém tem poder de transferir direitos, pretensões, ações e exceções de outrem, não a infringe, uma vez que a transferência é do titular do direito, pretensão ou ação ao adquirente; *b)* “O devedor pode opor tanto ao cessionário como ao cedente as exceções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão” (art. 1.072, 1ª

parte). Se algo se adquire que não estava no patrimônio do transmissor, originariamente se adquire.

Se A, que não é dono do bem móvel, aliena-o, em seu nome, porém com o consentimento do dono, ou em virtude de poder de disposição (e.g., o marido, nas espécies previstas nas leis), discute-se quem é o antecessor.

Assim, 1(. Hellwig *(Wesen* und subjektive Begrenzung der *Rechtskraft,* 134; *Lehrbuch,* 275 s.) considera antecessor tanto um quanto o outro. Sem razão: porque, se o bem é comum, a alienação do que lhe toca é alienação pelo titular, e tollitur quaestio; se o bem é todo de outrem, só um antecessor há, que é o titular antes do adquirente. O caso dos direitos reais, inclusive de garantia, que se estabeleceram sobre bens de outrem, como se o reivindicante contra o empenhante assentira no penhor, é de aquisição originária. Se o marido podia alienar e a mulher não tinha a propriedade, a aquisição não é derivativa.

2. Depósito *e* retirada de depósito. Não há sucessão se o devedor consigna em pagamento, mas, a tempo, retira o depósito (art. 977); ou se o estipulante, a favor de terceiro, se reservou o direito de substituir o terceiro e o faz (art. 1.100).

Nos casos ou de condição suspensiva ou de termo suspensivo na alienação a B, se o alienante A dispõe do direito, a favor de outrem pendente a condição, ou antes do termo, B tem direito expectativo e C direito formado, que se extingue ao realizar-se a condição ou ao alcançar-se o primeiro dia após o termo (arts. 121 e 124). C não é, todavia, sucessor de B, e sim de A: para ele, o tempo intermédio não existiu. Dá-se o mesmo em caso de termo final ou de condição resolutiva: se A transferiu a B o direito, com termo final, ou sob condição resolutiva, e B o transfere a C, — ao expirar-se o tempo, ou ao se cumprir a condição, o direito expectativo de

557

A faz-se direito formado (atual) e o direito formado de E extingue-se. A não é sucessor de C. Discute-se se o é de B. A maior parte dos juristas é pela negativa: A continuou a si mesmo (G. Planck, Kommentar, 420 5.; E. Strohal, Grenzen *der Urteilsrechtskraft,* 30; R. Sohn, *Der Gegenstand,* 44); contra, K. Hellwig *(Wesen und subjektive*

Begrenzung der Rechtskraft, 109; *Lehrbuch,* 1, 276). Outrossim, o direito que existiu, durante a pendência da condição resolutiva, ou antes de se chegar ao termo final, de modo nenhum continuou o direito de que o alienante era titular antes do negócio jurídico dispositivo; portanto não se liga C a A. A identificação dos direitos expectativos aos direitos expectados e, com mais fortes argumentos, aos direitos que foram antes e deixaram de ser, embora para voltarem, seria cheia de inconvenientes, sobre ser errônea. Porém a resolução apaga o tempo e o que era deixou dc ser, sem que A, no terceiro período, receba de E qualquer das pretensões, ações ou exceções contra ele como titular no segundo período *(e.g.,* arts. 647 e 648).

O mesmo raciocínio cabe em se tratando de decretação de invalidade (nulidade, anulação). Se B alienou o bem a C, e A, que o transmitira, propôs ação constitutiva negativa e venceu, A sucederia a si mesmo e, pois, não sucede, continua. Com isso, também não se conformava K. Hellwig (Wesen und *Begrenzung der Rechtskraft,* 119; *Lehrbuch,* 1, 235 e 277). O fideicomissário sucede ao testador, não ao fiduciario.

Se, os quais resilição em vez de termo final, ou de condição resolutiva, durante o direito do antecessor é expectativo, é de direito àou pretensão à resilição (ex nunc) que se trata, o que exerce o direito ou a pretensão é sucessor daquele a que transmitira o direito, ou a quem óutrem, que lhe criara o direito à resilição ou pretensão à resilição, transmitira.

No caso de revogação, é ao suporte fático, agora, que se retira a voz, isto é, à declaração de vontade, de jeito que o tempo passado se conta. O doador, que revoga a doação, sucede ao donatário.

3. Plano do direito processual. O sucessor, devido ao princípio Nemo plus iuris ad alium transferre *potest* qiiam ipse habet e a que o sucedido configurou o que transferia, também recebe o que, no plano processual, se decidiu sobre o cônteúdo sucedido. Dai dizer-se que a çoisa julgadá material opera quanto aos sucessores.

§ 515. Sucessão transiativa

1. Conceito de sucessão translativa. Na sucessão transíativa, o titular do direito muda sem qde mude o direito, ainda que somente no que se transmitiu. A perda por um é seguida, instantaneamente, pela aquisição pelo outro.

Há, necessariamente, ato de disposição por parte do que perde; e esse ato é que causa a aquisiçao pela outra pessda. Se o direito tem dbjeto divisivel, e somente porção dele se transferiu, há divisão e sucessão transíativa da porção transferida. Se a divisão foi pbr metade e os elementos do direito eram A B C, o adquirente passou a ser titular do direito A B C/2. Na alienação condicional, a sucessão só se opera ao se cumprir a condição: se suspensiva, algo se tirou ao aliétiante, e éo direito expectativo do outro; se resolutiva, há sucessão imediata, mas, ao cumprir-se a condição, se ex túnc, não há outra sucessao, e sim o apagamento daquela.

Na aquisição transíativa, um adquire o que o outro perde. Discutiu-se muito se, por ela, bá substituição de sujeitos do mesmo direito, ou substituição de sujeitos com substituição de direitos. Noutros termos: se o direito se traspassa (= passa a outrem), ou se nasce novo direito, com o mesmo conteúdo. Com a primeira opinião, E.

Windscheid (Die Actio *des* rómischen Ciuflrechts, 157 s.) e L. Arndts *(Lehrbuch* der Pandekten, 8º ed., 65); com a segunda, J. E. Kuntze (Die Obligation und *die* Singularsuccession, 67 s., e C. Neuner, *Wesen* und *Aden* der Priuatrechtsverhàhnisse, 116 s.). Solução intermédia tentou J. v. Schey: o direito é outro, mas a ordem jurídica trata-o como o mesmo.

A relação jurídica não é a mesma. Os sujeitos de direito não são os mesmos, nos dois momentos. O objeto é que é o mesmo; o mesmo, o conteúdo. O direito, pois que a aquisição, ex *hypothesi,* é derivada, é o mesmo. A relação jurídica não pode ser a mesma, pela definição de relação e porque o sujeito de direito não é mais do que o termo dela; não são inseparáveis relação e termos. Quanto ao direito, a noção dele depende do objeto, do conteúdo. Se A me deve cem mil reais e cedo o meu crédito a B, o "direito" deixou de ser meu, passou a ser de B, posto que entre A e B a relação seja outra que entre mim e A. Assim, errou J. E. Kuntze em pensar que o sujeito seja algo de essencialmente pertencente à essência do direito, de jeito que a mudança daquele implique mudança desse: exatamente, o sujeito é algo de essencialmente pertencente à relação de que ele é termo, tanto quanto a relação depende dele e do outro termo. O direito, não. A servidão de

passagem do prédio A sobre o

prédio B é idêntica, qualquer que seja o dono de A: o termo da relação é que muda a cada mudança de proprietário de A.

2. Transferência *e* pluralidade *de* adquirentes. A transferência de parte ou porção dá ensejo a dois direitos. E

verdade que pode persistir suporte fático (identidade da coisa, portanto o Jato da comunhão) e esse suporte fático o é de outras regras jurídicas. Os direitos dos comuneiros são idênticos ao direito do proprietário único que alienou a coisa; apenas aqueles direitos sofrem a influência de fato novo, de cuja juridicização provêm direitos e deveres novos. Dizer-se, como A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teu,* II, 61), que o direito dos comuneiros (aliás os direitos) não é idêntico ao direito de propriedade única, pois esse nada tem dependente de outros, ao passo que aqueles dependem, é enunciar-se observação bem superficial do que ocorre. Não atendeu o jurista alemão a que, se A aliena o segundo andar do seu prédio de apartamentos (e.g., 1/10 do terreno com três apartamentos), ou, simplesmente, 1/10 do seu prédio indivisível, ele, que não passou por operação de sucessão, também sofre as consequências jurídicas da comunhão. Os princípios que regem a sucessão transíativa parcial são os mesmos que regem a sucessão transíativa total; se algo acontece a mais, e necessariamente acontece quando o direito é sobre coisa indivisível, é devido a fato novo. Sobre o que não foi objeto de sucessão, as consequências são as mesmas. Se, dividido o objeto, tais consequências não se processam, é porque não houve o fato de que emanariam.

3. Direito e acessórios. Quando se transfere algum direito, transferem-se-lhe os acessórios e as pretensões inseparáveis dele. Nos créditos, a pretensão à prestação é inseparável; também são inseparáveis da propriedade a pretensão reivindicatória e as outras pretensões reais. A prescrição, que começara com o sucedido, continua com o sucessor; porque concerne à pretensão. A sentença contra o sucedido tem força de coisa julgada contra o sucessor; salvo se houve exceção não oponível ao sucessor.

A transferência dos bens imóveis opera-se pelo registro no Registro de *Imóveis.* A lei civil não deu outros informes sobre a natureza do registro que o da legitimação ativa, sem exigir a concordância de promoção. O

negócio jurídico é que deve conter tal acordo; tratando-se de negócio jurídico a titulo gratuito, a aceitação do beneficiado, se não foi ele quem promoveu o registro. Têm-se três suportes fáticos: o do negócio jurídico causal (venda e compra, troca, doação, dação em soluto etc.); o do acordo de transferência (que se não confunde com o negócio jurídico consensual); o ato do registro, precedido do assentimento para sua efetivação. O primeiro dá ensejo a a) negócio juridico consensual; o segundo, a 1,) negócio jurídico abstrato (pois que real); o terceiro, é *c)* parte de negócio juridico de disposição. Houve duas discussões na ciência: quanto à natureza de *b)* e quanto à natureza de c). Se não se separam os dois problemas dificilmente se evitam equívo cos. O primeiro dever de método é separá-los, a) O negócio jurídico causal pode ser feito sem o acordo b) e, pois, sem c); e.g., os contraentes, vendedor e comprador, no contrato de venda e compra, apenas firmam o contrato, sem dizer aquele, com a concordância desse, que transmite desde logo. O negócio jurídico a) pode ser condicional, ou a termo; o acordo *b),* não, porque, se épossível propriedade resolúvel, por efeito de condição ou termo, a transmissão, essa, não pode ser condicional, ou a termo. Se se leva a registro o negócio jurídico a), a eficácia é apenas a do registro de títulos e documentos. *b)* O acordo de transferência énegócio jurídico abstrato, independente do negócio juridico a), razão por que o oficial do registro de imóveis nada tem a ver com o negócio jurídico a) e a sua prova (O. Warneyer, Kommentar, Ii, 149). E preciso que se ataque o acordo de transferência *b)* ou o registro em si mesmo, para se atacar o registro. Não há registro no Registro de Imóveis para transferência, se o contrato a), *e.g.,* contrato de venda e compra, não contém o acordo 14, que é o de transferência. Se o contrato a) contém à), houve a assunção da obrigação de prestar a coisa e houve, simultaneamente, o acordo de transferência, que é negócio abstrato, de direito das coisas. No direito brasileiro, o acordo de transferência não tem de ser perante o oficial do registro: faz-se perante o tabelião da escritura do contrato ou negócio juridico a), ou depois, com a mesma formalidade. Não é preciso que seja perante o mesmo tabelião, nem há no direito brasileiro a regra juridica de que tenha de ser perante o tabelião ou um dos tabeliães do lugar. c) O registro é que dá eficácia real ao negócio jurídico do acordo de transferência. O acordo de transferência à), sem c), não tem eficácia real. Enquanto não se procede ao registro, o acordo de transferência, negócio jurídico de direito das coisas, pode

ser desfeito (desnegociação) pela vontade das partes; nem revogação unilateral ou bilateral, nem resolução unijateral são possiveis. O registro só tem eficácia *ex nunc*~

não remonta ao momento em que se concluiu o acordo de transferência Se, no intervalo, o adquirente paga dívida hipotecária do alienante pode invocar a sub-rogação na hipoteca; com o registro, extingue-se a hipoteca e só persiste a sub-rogação do art. 985, 11. Se o registro foi feito e sobreveio o acordo de transferência, que não tinha havido, ou era nulo, ou precisava de ratificação, os efeitos são desde o acordo (G. Planck, Kommentar, III, 4º ed., 325; K. Maenner, Das *Sachenrecht,* 2º ed., 185 e 188; J. Biermann, *Sachenrecht,* 184); não se precisa de novo registro.

557

§ 516. Estados pré-aquisitivos

1.

Direitos *expectativos* e direitos formativos *geradores.* Antes da aquisição, há, às vezes, o estado prévio, a que corresponde direito expectativo ou direito formativo gerador. Se há condição para a aquisição, há direito expectativo, do qual surge, com a realização da condição, a propriedade (E. Strohal, Grenzen der *Urteilsrechtskraft,* 12 s.). A aquisição é derivada, porque se origina de direito expectativo, que outrem criou. O

mesmo não ocorre (não se trata de direito expectativo) nos casos de aquisição de frutos pelo dono do prédio, pelo locatário e por aqueles mesmos que não têm a posse do prédio, se negocialmente têm direitos aos frutos (sem razão, M. Seydel, Der *Fruchterwerb,* 651). Bem assim quanto à aquisição pelo possuidor mediato ou imediato, de boa-fé que houver de outrem a posse. Porque então a aquisição é originária. O direito aos frutos é que deriva, para o locatário, do direito do locador; não a aquisição dos frutos.

2.

Momento em que se dá a aquisição derivativa. O momento em que se dá a aquisição derivativa não é aquele em que se cria o direito ou a pretensão à aquisição, e sim aquele em que se adquire. Portanto, quando ocorre o elemento integrativo, ou quando nasce a coisa futura (e.g., frutos). Nos atos de disposição, sujeitos à condição suspensiva ou a termo suspensivo, o outorgado não é sucessor do outorgante enquanto não acontece a aquisição; porém depende do conteúdo do direito expectativo se recebe o direito no estado em que se achar, salvo o que era o seu. A única ressalva invariável é a da ineficácia dos atos de disposição e de constituíçao que o prejudicariam.

Em vez do simples direito expectativo, pode haver direito de aquisição (formativo gerador) ou simples pretensão à aquisição. Porém, ainda aí, o momento decisivo para a aquisição é o da tradição ou outro equivalente, e não o em que nasceu o direito expectativo, ou o direito formativo gerador ou a pretensão formativa. Nos legados em que se incumbe ao herdeiro a entrega do legado, a figura do herdeiro interpõe-se na sequência de sucessões.

3.

Eficácia *e* transferência. De regra, entre a transferência do direito e o ato jurídico, de que procedeu, medeia trato de tempo *(e.g.,* registro da escritura de venda e compra de imóveis). Casos ha de transferência simultânea à aparição do suporte fático suficiente e da incidência da regra juridica, como acontece a respeito da sucessão causa mortis (saisina) e da sub-rogação real. O objeto adquirido com os recursos da herança, ou pelo mandatário, ou pelo gerente, entra no acervo, ou no patrimônio do mandante, ou do dono do negócio, no momento em que se dá a aquisição. Não ha intervalo. No caso da herança, se a aquisição só se realiza depois de feita a partilha, o direito adquirido com os recursos indivisos da herança nunca pertenceu ao acervo: entrou diretamente para o patrimônio do herdeiro. Existiu o direito expectativo, o direito formativo gerador, ou a pretensão formativa. Nos casos de averbação ou outra formalidade registrária, segundo a qual o direito formativo gerador ou a pretensão formativa tenha eficácia contra terceiros (fato que certos legisladores e juristas têm confundido com o direito real), nem por isso a aquisição se dá ao tempo do nascimento desses direitos.

4.

Cessão de direito expectattvo ou de direito formativo gerador. Se houve cessão do direito expectativo, ou do direito formativo gerador e se dá a aquisição, claro é que a cessão transferiu o direito cedido e não o direito que seria, no futuro, adquirido. A despeito disso, alguns autores imaginam que a transferência fora *Iflstantânea* ao cedente; quer dizer, passou por ele, ainda que idealmente (G. Súss, *Abtretung kdnftiger* Anspríiche, 24 s. e 66; G. Planck, Nommentar, nas edições até a 3º, nota 4 ao § 398, contra a 44 ed. de E. Strohal, 556).

Completamente inadmissível. O que se cedeu foi o que o cedente tinha; e não o que iria ter. Nem no átomo de tempo (expressão de E. Strohal, 556), que se imagina, pode ter havido transferência. Seria mais uma ficção de todo descabida. Desde 1904, A. von Tuhr (Verfúgung tiber kúnftige Forderungen, Deutsche Juristen-Zeitung, IX, 429) e, incisivamente, Grunebaum (Zur Frage betreffend Verfúgungen Ober kflnftige Forden.ingen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* X, 802) já haviam repelido a construção desabusada.

557

§ 517. Sucessão constitutiva

1.

Conceito. A sucessão constitutiva, ou limitada (H. Dernburg), ou criadora de direitos (K. Cosack), ou, simplesmente, criativa, dá-se sempre que, concretamente, nem todo o direito do autor se transfere. A soma dos conteúdos do direito que fica e do direito que passa a outrem é igual ao conteúdo do direito que havia; porém, tendo cada um deles de caber em categoria nova, apresentam, certa autonomia, que não deixa ver, facilmente, a correspondência entre os conteúdos somados e o conteúdo do direito tal como fora. Não há alienação, diz-se; exatamente porque há cerne de direito que mantém o novo direito como "agarrado" ao direito que fica. É o *gravame.* O novo direito é como debuxado, descrito, "gravado" no direito constituinte; não é "afastado" dele.

Distinto, mas perto. Dir-se-á que, na sucessão constitutiva, o novo direito, como tal, não existia no patrimônio do autor. Verdade é,

porém, que, por mais significativo de novidade que seja o nome do direito constituído, o seu conteúdo é tirado do direito do autor, inclusive quando se *negue* a esse direito alguma faculdade.

2.

Direito constituinte e direito constituído. No mundo jurídico, os direitos constituinte e constituído, embora independentes, não são tão separados entre si quanto os direitos em que não ocorreu perda de conteúdo.

Passa-se com eles algo de correspondente àhistória da terra e da lua, que se desprendera daquela: independentes, mas sem deixarem de existir certas relações. Dois terrenos vizinhos são independentes, e há entre os seus donos deveres e direitos. O direito tem de prover a todos esses fatos relacionais emanados de proximidade, física ou não; mas a técnica há de variar com as espécies mais características, inclusive criando relações jurídicas ou fazendo juridicas as relações fáticas. E de suma relevância indagar-se se o direito, de que se trata, é elemento do direito real, ou se é pessoal; se se transmite, ou não.

3.

Cisão de direitos sem sucessão. Com a cisão ou desmembra *mento* dos direitos, pelo fato da sucessão constitutiva, não se há de confundir a cisão dos direitos sem sucessão. Pode dar-se que outro direito nasça sobre elemento ou sobre todo o direito de alguém e a cisão ou a chamada suplantação apenas enseje aquisição originária. A usucapião de servidão ou da propriedade traz exemplo de uma ou de outra espécie. Também não se confunde com a cisão ou desmembramento dos direitos, que é por elementos deles, donde ter-se proposto chamar-se “divisão qualitativa”, a partição do comum: nem a divisão do direito. Naquela, há a sucessão *executiva* da comunhão, que alhures estudamos (Comentários ao *Código* de Processo Civil de *1939,* III, *2,* 443

s.), ou a divisão material sem executividade. Cumpre também não se confundir com a transferência constitutiva a concessão de exercício de direito: na locação, há sucessão constitutiva da posse, pela cisão em mediata e imediata, porém não da residência ou da percepção dos frutos; e o mesmo passa-se com o comodato. As vezes, baseia-se em direito de obrigação; outras, é feita sem obrigação do titular do direito

(precarium). No usufruto, no uso e na habitação, há sucessão constitutiva na propriedade; não na há na locação e no comodato: nesses, nenhuma felpa do direito de propriedade se despregou para ser o conteúdo do outro direito; o locador e o comodante conservam íntegra a sua propriedade: tudo se passa no plano obrigacional e no plano possessório; a relação jurídica É entre uma e outra pessoa, de ordem pessoal. Elementos ainda mais importantes da propriedade podem ser concedidos sem se desprenderem; *e.g.,* no caso da procuração para vender. Quem vende a propriedade de outrem, como representante legal ou não, exerce o poder de disposição do proprietário e os *seus* poderes de mandatário.

4.

Divisão de direito, *pretensão,* ação e *exceção.* O titular de um direito, pretensão, ou ação ou exceção, se é divisível, pode dividilo, ou dividi-la, e ficar para si com as duas ou mais porções (direitos, pretensões, ações ou exceções divididos), ou simultaneamente aliená-los, ou perdê-los por lei, ou outra causa. No primeiro caso, não há qualquer aquisição de direito: há divisão. No segundo, há aquisição por outrem e perda pelo titular. Essa perda ou éporque se extinguiu o seu direito, ou porque o transferiu, ou foi transferido. Então, há sucessão transíativa, talvez executiva (se simultânea ã divisão).

A sucessão constitutiva desmembra o direito, debulha-o em elementos. A divisão retalha-o, com ou sem sucessão. A partilha entre A e B sempre implica sucessão transíativa executiva. A divisão é definitiva, corta em direitos o direito, em sua essencial quantitatividade: não pode ser classificada como sucessão constitutiva (1-1.

C. Hirsch, Die *Ubertragung der* RechtsausObung, 204 s.); nem, tampouco, sempre como sucessão; se há sucessão, éposterior (portanto fora do nosso assunto), ou simultânea (o direito pertencia a A e B) e então é executiva.

5.

Constituição de direito *e* desmembramento. Nas servidões prediais e

no usufruto, no uso e na habitação, na renda constituída sobre imóveis, tira-se do direito constituinte algo com que se constitui o novo direito. A matéria, com que se faz, era do outro, globalmente. As servidões negativas não são menos felpas do direito de propriedade: tira-se ao proprietário o seu poder de modificar o seu imóvel, ou de exercer a atividade que quisesse. Não são menos desmembramento que as servidões positivas. Passa-se o mesmo com os direitos reais de garantia, que cortam o direito de alienar eficazmente contra os titulares deles. Os desmembramentos, tratando-se da constituição de direitos reais, esses, só se admitem dentro do numerus clausus.

Alguns direitos de crédito são desmembráveis: há o usufruto de crédito, a caução de títulos, que são felpas dos créditos e dos direitos sobre títulos. São algo que se tirou a esses. Tais desmembramentos só dependem de os permitir o direito. Não se pode separar do crédito a pretensão a cobrá-lo, salvo em usufruto ou caução, ou em pactum de non petendo. A procuração em causa própria para cobrar não desmembra: dá poder; e transfere, oportunamente.

Particularrnente desmembráveis são os direitos de autor e do inventor. O autor da obra pode transferir a um o direito de publicála no lugar tal, até o tempo tal, ou por milheiros, e a outro o direito de publicá-la noutro lugar.

A sucessão é constitutiva. Ao autor da música é permitido transferir a um o direito de editá-la aqui e a outro ali, transferir a outro o direito às execuções públicas, ou em casas de diversões de tal lugar, e a outro, se noutro lugar. O direito de execução pode, no mesmo lugar, não ser exclusivo, ou não ser exclusivo em qualquer lugar Dá-se o mesmo quanto àradiodifusão e à televisão.

A transferência constitutiva encontra a sua forma mista de constitutividade e transíatividade na transferência condicional ou a termo. Se a condição é suspensiva, ou o termo é suspensivo, algo se despregou do direito do transferente para compor o direito expectativo do adquirente-futuro. Se resolutiva a condição, ou se resolutivo o termo, o transferente desmembrou quase tudo do seu direito, e só se reservou o direito expectativo à reversão.

Quanto aos direitos de crédito, pretendeu-se (E. 1. Bekker) que se trataria de sucessão constitutiva, uma vez que tiram ao patrimônio do devedor. Seria extraído ao direito ao patrimônio, seria faculdade de ir

contra o patrimônio. O crédito, de modo nenhum, ao nascer, tem essa faculdade; nasce também, sem se levar em conta a existência desse patrimônio, que pode não existir. Nada se transfere, em verdade, ao se constituírem créditos.

§ 518. Causalidade e sucessão constitutiva

1. Causação e direitos constituídos. O princípio de que o adquirente não pode ter adquirido mais do que tinha o transferente também alcança a sucessão constitutiva. *E.g.,* se o direito constituinte era sob condição ou a termo, também o é o direito derivado *(Resoluto* iure concedentis resolvitur ius concessum.) 2. *O* princípio do aquisição igual ou menos do que se podia transferir. O principio Nemo plus iuris transferre *potest* quam habet ipse apanha todos os casos de transferência e, porque o seu conteúdo é maior do que a sua fórmula (em vez de tronsferre, deveria estar constituere), os próprios casos de reserva pelo titular. Quem constitui o direito, para outrem ou para si (dedução), há de ser titular do direito constituinte, ou representante dele, ou alguém com poder de dispor, ou há de ocorrer fato *(e.g.,* registro obtido e boa-fé do adquirente) que faça eficaz o ato de disposição do não-titular.

As leis soem submeter a sucessão constitutiva às mesmas regras, mutatis mutandis, da sucessão transíativa. Ou negócio jurídico entre vivos, ou sucessão a causa de morte; e, às vezes, registro. As peculiaridades são poucas.

3.

Dedução, em vez de constituição sucessiva. Pode dar-se que o titular do direito, em vez de constituir outro e ficar com o direito constituinte, transfira o direito constituinte e se reserve o direito derivado: há dedução para si, porém não deixa de haver constituição; o *que* não há é sucessão. A constitutividade é ineliminável~ porque havia, no direito de que deriva o direito reservado, o mesmo elemento (e.g., habitação, uso, usufruto), e não o

"direito", a categoria jurídica autônoma. Transfere-se a propriedade, e grava-se. Há diferenças entre os sistemas jurídicos no tocante ao modus faciendi: ora se pode fazer isso, entre os interessados, uno actu;

ora se exigem dois atos, de modo que em verdade não há dedução (transferência dedutiva), mas sucessão transíativa da propriedade, momento intercalar e sucessão constitutiva em que o titular sucedido é o adquirente da

propriedade. O constituto possessório permite que haja simultaneidade dos atos, se se trata de bens móveis. A respeito de bens imóveis, no direito brasileiro, admitiu-se a transferéricia dedutiva, portanto a constituição uno actu (Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, art. 206; Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 204:

„Havendo transmissão e hipoteca, simultâneas, de um imóvel, com o mesmo número de ordem, se fará duplo registro, com referências recíprocas.")

Discute-se quanto à necessidade de assentimento da mulher ou do marido, do tutor do menor após os dezesseis anos, ou do curador do pródigo, ou de poder especial aos gerentes e procuradores, para a reserva de direito (deduzido de outro). Trouxe-se àbalha argumentação que concernia à transferência transíativa, e não à constituição por dedução. Ora, a respeito daquela, é sempre preciso; a respeito dessa, o que se tem a dizer é que se trata de minus, se no assentimento para aquela não se fizera a reserva. Se se fez, a questão desaparece.

4.

Falso princípio da prioridade dos direitos constituídos. Já dissemos que o direito constituído tem de ser menor que o direito constituinte. Não se constitui com tudo que se tem; seria transladar, seria Sucessão transiativa, e não constitutiva. Tem-se falado, porém, em maior intensidade e em prioridade dos direitos constituídos, em relação ao direito constituinte (H. C. Hirsch, Ubertragung der *Rechtsauscibung,* 200; A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teu,* II, 75 5.); mas é sem qualquer cabimento: ser limite de outro direito é tê-lo, também, como seu limite, de modo que não é ser mais intenso, nem ter prioridade, o serem limitadas pelos direitos reais as faculdades do proprietário, nem limitado pelos direitos derivados o exercício do direito constituinte. Nem é argumento, que se acolha, a favor da maior intensidade, ou da

prioridade do direito constituído, o só existir a limitação no tocante ao direito derivado e sã o titular desse ter a pretensão respectiva (pretensão do usufrutuário ou do credor pignoratício). Nem, ainda, o poder ter o proprietário certa inclusão no direito constituído, como se, na servidão de águas, o proprietário tem a faculdade de retirar certa quantidade. Quando A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teu,* II, 76) deu esse exemplo, construiu-o de maneira inaceitável, como servidão sobre a servidão, isto é, como o direito de propriedade (A) diminuído da servidão (B) e essa diminuída da servidão (C), a favor do proprietário, embora volvesse a dizer que, ai, a propriedade tem grau preferente ao da servidão. Não há as figuras A — B (—C); há, apenas, a figura AC — B, em que B é 1 — AC. A construção do jurista alemão, baseada em prioridades, daria a B o valor 1 — A e de B se tiraria C. Não é isso o que se passa; e a contradição, em que incorreu (76, nota 82, e 79, nota 98), resultou da impropriedade dos conceitos de maior intensidade e de prioridade. O que há é apenas o princípio do independência dos direitos constituídos, junto ao da *independência* dos direitos constituintes. Há regras jurídicas, que os atenuam, mas são especiais (certos direitos constituídos somente podem ser alienados ao proprietário ou com ciência dele etc.).

§ 519. Independência dos direitos constituídos

1.

Princípio da independência dos direitos derivados. Constituído o direito, com sucessão ou por dedução, é independente do direito constituinte. O direito constituinte transfere-se, sem que isso repercuta no direito constituído; salvo se, com a confusao dos sujeitos, se integra o direito antigo. Somente regras especiais limitam o princípio da independência dos direitos derivados. Segundo ele, para os direitos reais não importa quem seja o proprietário da coisa, ou se o tem; nem é exceção a ele o caso do usufruto do marido, ou do pai, ou da mãe, titular do pátrio poder, porque então a alienação é da coisa com todos os seus elementos e, pois, com os elementos do usufruto.

2.

Graus em linha sagital *e* graus em irradiação. Prende-se ao principio

da independência dos direitos constituídos poderem eles, por sua vez, constituir outros direitos. O seu conteúdo sofre, então, a mesma diminuição, a favor da constituição do novo direito, Ou dos novos direitos. Os princípios são os mesmos que a propósito da primeira ou da anterior separação de elementos: o novo direito há de ter conteúdo menor; e aqui surgem a noção e o fato da gradação, a que corresponde, aqui acertadamente, o conceito de prioridade, razão para se regular a ordem dos graus na legislação comum e nas leis de registro. Os direitos são constituídos uns dos outros; e surgem os graus. Esses graus em linha sagital, não se confundem com os graus em irradiação que se observam a respeito dos direitos constituídos sobre o mesmo objeto pelo proprietário (e.g., primeira e segunda hipotecas), direitos que estão sujeitos a gradação de eficácia, com ou sem exclusão total.

557

A propósito dos direitos em graus de irradiação, há o problema de poder ser à vontade do titular do direito constituinte o fixar no tempo os graus, ou de se ter de seguir a ordem cronológica, sem reserva de grau. E.g., se pode fazer segunda hipoteca antes de fazer a primeira. Cumpre observar, desde logo e antes de se dar resposta de fure *condito,* que essa reserva poderia ser concebida como direito derivado da propriedade (construção difícil) ou como direito originário de negócio jurídico entre o proprietário e o titular do direito constituído, ou como elemento da propriedade, que o proprietário conservou para si. De iure condendo, a última construção é a melhor, por ser acorde com os princípios gerais do direito de propriedade; e tem como consequência que, alienada a propriedade, se transfere a reserva, como elemento daquela, ao adquirente, pode exercer a faculdade o síndico da falência do proprietário e o grau reservado pode ser preenchido pela hipoteca judiciária, atendidas as regras de direito falencial. Quanto ao permitir o sistema jurídico, ou não, a reserva de grau, ou há regra jurídica escrita, ou não na há. O primeiro caso observa-se no direito alemão (Código Civil alemão, § 881); o segundo, no direito brasileiro. Nesse, uma vez que a reserva de grau é exercício de um dos elementos da propriedade, a falta de regra jurídica escrita tem de se interpretar como permissão, diante dos princípios relativos à livre negociação e à plenitude da propriedade.

§ 520. Extinção dos direitos constituídos

1.

Espécies de extinção. Os direitos constituídos extinguem-se ou por morte do titular (ditos direitos vitalícios, como o usufruto, o uso e a habitação), ou pelo decurso do tempo para o qual se constituíram, pela confusão com o direito constituinte, pela renúncia por parte do titular (e.g, quanto à servidão, Código Civil, art.

709, 1, à hipoteca, art. 849,111, e ao penhor, art. 802, 111). Tem de ser estudado o assunto a respeito de cada direito. A extinção dos direitos constituídos importa em integração do direito constituinte, ou, se há ordem sagital ou em irradiação, em vantagem aos direitos constituídos de grau inferior. Quando se dá a integração do direito constituinte, diz-se que houve consolidação, generalização do conceito romano da consolidatio, que era referente à extinção do usufruto.

Sempre que se não dividiu o conteúdo do direito, mas apenas se lhe retirou elemento, isto é, se somente ocorreu, com ABC, tirar-se-lhe B, ou C, ou BC, e não fracionar-se ABC, dá-se a consolidação. Entre os seus elementos, o direito tem atração, éelástico; donde o princípio de elasticidade dos direitos, que não é peculiar ao direito de propriedade, e sim princípio interior do todo de elementos que fazem o direito. Uma vez que se lhe tira elemento, e não parte, o direito mantém a sua expansibilidade automática: extinto o direito constituído, retoma-se-lhe o elemento pela elasticidade do direito. A expressão “elasticidade” não se refere aos elementos; refere-se ao direito e contém a concepção da retração do direito quando se retiram elementos para a constituição de outro direito. Não deixa de ser, por isso, verdadeira, porquanto o que se dá é que o direito de propriedade, desprendendo-se-lhe, por exemplo, o uso, ou o usufruto, não perde nada como direito de propriedade, — o que se lhe sai é o elemento, ou são os elementos que compõem o direito constituído. Em termos mais científicos: o suporte fático, em que incide a regra jurídica de criação de novo direito, é retirado ao campo de exercido do direito de propriedade. Perda de poderes sem perda da individualidade do direito. Muito diferente é o que se passa com a divisão dos direitos: não se tiraram elementos para se comporem outros direitos; cortou-se, quantitativamente, todo o direito. A separação é definitiva. A individualidade do direito foi atingida: é parte de outro, não é o mesmo, em seu todo.

2.

Na consolidação há sucessão, ou aquisição originária? Certamente, o titular do direito constituinte adquire. Não adquire o direito que se extinguiu. Adquire o que antes se achava entre os elementos do seu direito; readquire elementos. Economicamente, aumenta o valor do seu direito. Mas isso não nos dá nenhum argumento para a resposta à pergunta. Tampouco, o dizer-se que o direito constituinte se libera do direito constituído. Essa liberação é apenas a negativa da retração que ocorrera. Viu K. Hellwig *(Wesen* und subjektive Begrenzung der *RechtskraJt,* 271 5.; *Lehrbuch,* 1, 283) na consolidação sucessão, e usou a expressão "sucessão restitutiva", de E. 1. Bekker *(System,* 1, 114); de jeito que haveria sucessão, aquisição derivativa. Porém se, do outro lado, houve renúncia, ou terminou o tempo do direito constituído, tcomo se ver derivação na aquisição?

Contra 1(. Hellwig estiveram K.

R. Romeick *(Zur* Technik *des Búrgerlichen Gesetzbuch,* III, 96) e L.

Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ªed., 337), para quem a renúncia de direito real não dá ensejo a qualquer sucessão: não há reaquisição do direito real; nem a aquisição depende de que tenha pertencido a outrem o

direito, e sim de não-existir-mais esse direito. A resposta é verdadeira; a explicação, insuficiente. O que se passa é que o direito de propriedade e outros direitos, em vez de se dividirem, não raro se desmembram sem perderem a sua individualidade; os seus elementos, que são campo de exercício, servem à composição de outros direitos, que ficam perto do direito constituinte, que se retrai, pronto à expansão pelo fato dessa elasticidade; extinto o direito, que era a causa da retração, volve ele a ocupar todo o espaço do seu campo de exercício e lá estão os seus elementos que se achavam sob o direito extinto.

3. Sucessão e coisa julgada entre credor *e* devedor. O problema da sentença proferida em demanda entre pretendidos credores, no qual se pergunta se faz coisa julgada material contra e a favor do devedor, foi

resolvido pela afirmativa (A. Wach, *Zur Lehre* uon der *Rechtskraft,* 23 e 95) e pela negativa (O. Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, *Jherings* Jahrbúcher, 40, 196 s.); mas é de espantar que A. Wach tenha pretendido estender ao devedor, que não esteve na relação jurídica, a eficácia da coisa julgada material.

Aproveitou isso K. Hêllwig para explicar, pela sucessão restitutiva, que o devedor pode invocar a sentença a favor daquele a quem antes pagara. A construção de A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* II, 84) foi diferente, mas obscura. Tudo gira em torno da necessidade da notificação ao devedor (Código Civil, art. 1.069; argentino, art. 1.459; cf. alemão, §§407 e 410), ou da apresentação do título da cessão e do título da dívida (art. 1.071, 2º

parte; argentino, art. 1.468, cf. alemão, §407, alinea 1º). O título da cessão, para que não valha, tem de ser desconstituído: a sentença, referente a ele, entre os dois pretendentes ao crédito, ou declara que ele existe, ou que não existe, ou o desconstitui, ou declara que é válido (eficácia declarativa de toda sentença desfavorável).

Se a sentença disse que existe, e éapresentado, está satisfeito o art. 1.071, 2º parte; idem, se foi sentença desfavorável em ação constitutiva negativa. Se a sentença diz que não existe, ou o desconstitui (e, então, é nãoexistir), falta um dos pressupostos do art. 1.071. Se houve a notificação, o devedor não pode pagar ao cedente antes da sentença; se não houve a notificação, a sentença tem de ser-lhe "notificada", salvo se ele por ciente se dá (art. 1.069).

§ 521. Sequéncia de sucessões

1. Sucessões *seguidas.* Se B sucede A e C sucede a B, estabelece-se, no tempo, sequência de sucessões, de modo que B é sucessor imediato de A e C sucessor mediato de A. O direito de C há de ser de conteúdo igual ou menor do que o direito de B e o direito de B de conteúdo igual ou menor que o direito de A. No que o conteúdo de um excede ao de outro, não houve sucessão. Tem-se dito que aquisições como a dos frutos pelo usufrutuário são derivadas mediatamente do direito daquele de quem o usufrutuário houve o seu direito (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34º ed., 337, nota 10): o direito seria próprio, posto que derivado. Porém a sutileza é sem grande alcance; o que se tirou ao campo de exercício do direito do proprietário para a constituição do

usufruto foram uso e fruto, de modo que à imediatidade conceptual é que se há de atender, e não à mediatidade no tempo. Os frutos, porém, e o direito aos frutos são diferentes; o locatário tem direito aos frutos e pode não adquirir os frutos. O direito aos frutos é derivado; a aquisição dos frutos, não.

2. *Proibições legais de alienação*. Quando a proibição legal de alienação protege a determinadas pessoas, ou a determinada pessoa, como se dá com os bens penhorados, a alienação é relativamente ineficaz. As proibições que tutelam interesse geral, essas, se há violação da regra jurídica, têm por sanção ineficácia quanto a todos, —

ou porque a lei dispensou o registro, ou porque a ineficácia é resultante do registro. Se a proibição resulta de ato de constrição, quer se trate de arresto, o chamado arrestatorium, quer de notificação ao devedor para que não pague ao credor, *inhibitorium,* quer de sequestro, ou outra medida, dá-se a ineficáda relativa. Se a pessoa a favor de quem se estabeleceu a proibição assente, torna-se eficaz o ato de disposição.

A pessoa para a qual não tem eficácia o ato de alienação tem pretensão erga omnes, sem que se precise de aludir à figura da alienação sob condição resolutiva, como fez E. Strohal *(Relative Unwirksarnkeit,* 331). Não se faz proprietário ou titular de direito real sobre a coisa; a sua ação, se quer ir por outra via que a do processo em que o juiz estabeleceu a proibição, é declaratória e pode cumular-se-lhe a ação que sirva ao fim da medida constritiva, inclusive exigir do adquirente que se porte, quanto a ele, como se a alienação não tivesse existido.

Se se trata de crédito penhorado, arrestado ou sequestrado, o credor não pode cobrar o crédito; se o cobrou, é relativamente ineficaz o seu ato. O devedor, que paga, paga mal, e pois pode ter de pagar outra vez. Por isso mesmo, se o credor cobra a divida, tem o devedor exceção contra ele (1(.

Heilwig, *Anspruch* iand Klagrecht, 214, nota 12). Se paga duas vezes, pode pedir ao credor a restituição daquilo com que injustificadamente

o credor se enriqueceu.

Se há superposição cronológica de proibições, para a pessoa protegida pela proibição é ineficaz a proibição posterior.

Por onde se vê quão diferente é dispor e adquirir, e quanto o pode ser em extensão. Por outro lado, como a eficácia pode levar a sucessão no todo ou não levar a isso, inclusive relativamente a alguém.

§ 522. Sucessão universal e sucessão singular

1.

Os dois conceitos. Se há aquisição derivativa, ou ela é em virtude de sucessão singular, ou de sucessão universal. Na sucessão universal, há a aquisição de todo ou quota de um patrimônio: éa unidade — patrimônio, ou quota de patrimônio — que se transmite ao adquirente, dito sucessor universal. Os direitos singulares, que se compreendem no patrimônio, vão ao sucessor, sem os pressupostos que se exigiriam, se singular a sucessão. A sucessão pode ser sobre o todo (e.g., herdeiro único), ou sobre quota (e.g., dois ou mais herdeiros). A responsabilidade também se transmite, porque vão ao sucessor o ativo e passivo, salvo se há regra jurídica que exclua a responsabilidade acima do ativo (art. 1.587). O próprio regime matrimonial da comunhão universal de bens pré-exclui as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos, ou se reverterem em proveito comum (art. 263, VII). Os negócios jurídicos entre vivos não podem, de regra, criar sucessão universal, posto que o sucessor responda por todas as dividas: o devedor anterior não fica exonerado.

(A tratação lógica, conjuntamente, da sucessão singular e da universal, foi negada por .J. E. Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession, § 19, mostrando a sua profunda diferença; depois foi assaz combatida a sua concepção da sucessão no objeto e no direito, até que se firmou que se estava em face de espécies do gênero in *Iocuni* alicuius succedere.)

(a) Na sucessão universal, a dispensa das formalidades para a aquisição dos direitos, de per si, ainda reais, deriva de se tratar de patrimônio, e haver a lei que a permita. Quanto à posse, E von Savigny *(Das Recht* des Besit2es, 6º ed., 27 s., T ed., 44 e 327) não admitia qualquer transmissão, por ser a posse *factum,* independente de qualquer regra sobre a aquisição e perda dos direitos (teoria da impossibilidade da sucessão possessória). Foi A. Brinz *(Lehrbuch der Pandekten,* 2º ed., § 138, 503, 508, 511 ~., desde a 1ª ed.) quem se insurgiu contra esse dogma; depois, 1□. Esmach (Vacuae possessionis traditio, 47 s.), E. Strohal (Succession *in* den *Besitz,* 23), R.

von Jhering (Der Besitz, Jherings *Jahrbúcher,* 32, 50 s.); sobre isso, H. Schmidt *(Der Begrijf* der *Rechtsnacl-ifolge,* 29-31).

(b) Na sucessão singular, o direito (portanto, efeito de fato juridico), sai de um patrimônio especial para outro patrimônio especial, ou para patrimônio geral, ou vice-versa, ou de patrimônio comum para individual, ou vice-versa *(e* .g., bem comum dos cônjuges, que sai da comunhão para a sub-rogação de bem particular de um deles, ou vice-versa). A sucessão singular só leva o direito, mas leva-o todo. Se, no patrimônio em que estava, economicamente se achava exposto (não sujeito) à execução forçada e àmedida de segurança, que as circunstâncias permitiam, delas se liberta, entrando no outro, onde essas circunstâncias podem ser Iguais, mais graves, ou menos graves, ou nenhumas. E o *princípio da incolum idade* dos direitos. Todavia a técnica legislativa introduziu exceções a ele: casos há em que o direito, que saiu da esfera juridica A, em sucessão singular, continua ligado a dívidas daquele que foi o seu titular, posto que já se ache na esfera jurídica -13 *(e.g.,* anulabilidade por fraude contra credores, arts. 106-113, revogação falencial, segundo o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53, ineficácia relativa, art. 52).

Tem-se de explorar primeiro o conteúdo do princípio de incolumídade dos direitos, para se lhe conhecerem os limites. O direito, que está sujeito a direitos reais ou a direitos pessoais sobre ele, transmite-se com esses gravames, bem assim se depende de condição ou termo, ou algum ato necessário à sua eficácia ou exercício. O

direito é efeito e os efeitos que o restrinjani o acompanham. As exceções só encobrem eficácia; de modo que, para que acompanhem o direito, é preciso que exista regra jundíca especial que o diga (e.g., art. 1.072).

2. Transmissão na sucessão unluersal; suporte fático. Na sucessão universal, o patrimônio vai todo, ou em partes. Todavia, o que se transfere é o patrimônio mesmo, e não o direito sobre ele. No suporte fático está todo ele, ou parte ideal dele; do fato jurídico irradia-se a eficácia da sucessão. Outro elemento do suporte f ático é o fato da morte do sucedendo, da celebração do casamento, ou outro semelhante; e a relevância desse fato, mais a caracterização do objeto (patrimônio, ou parte dele), são a razão para se nao exigir à sucessão universal o que seria necessário à sucessão singular. No dia da morte, o domínio e a posse da herança transmltem-se "desde logo" (= instantaneamente), aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.572). O regime matrimonial da comunhão de bens estabelece-se desde a data do casamento (arts. 230, 262 e 269). Não é preciso registro, nem tradição. O registro, que se faça, não tem caráter constitutivo, no concernente à transmissao, posto que a executividade da partilha entre herdeiros exija o registro, no plano do direito das coisas. Não é preciso, nem sequer, que os interessados conheçam o que se transmite: herda-se o que não se sabia pertencer ao decujo e o que ele mesmo ignorava fosse seu. As responsabilidades do patrimônio subsistem; não se há de dizer que se transmitem: o que se transmite é o patrimônio mesmo. A lei, de ordinário, trata o assunto com regras jurídicas cogentes: o testador não pode determinar que um herdeiro herde bens e dividas, e outros só os bens; ser-lhe-ia possível legar, sem quaisquer pagamentos, inclusive o de impostos. Nem os cônjuges podem ter comunhão só de bens, e não de dividas.

3. Boa-fé, *por* parte do sucessor. Na sucessão universal, o sucessor de boa-fé não pode alegá-la como suporte fático para a aquisição de direitos que não pertenciam ao sucedido, ainda que hajam sido arrolados. Se o marido obtém registro da escritura de venda e compra de casa, em que foi outorgada a mulher, mas estava de má-fé, não pode invocar as regras jurídicas dos arts. 530, 1, 859, e 860, nem a da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 212, por ter estado ele de boa-fé ao estabelecer-se a comunhão matrimonial. Se o herdeiro recebe, de boa-fé bem que não era da herança, a sua boa-fé não é protegida; seria preciso que lhe houvesse vindo o bem na herança, estando de boa-fé o autor dela. Se estava de má-fé o decujo e o bem estava na herança, pode ele continuar a posse para usucapião trintenal. A proteção fundada na fé pública dos livros de registro

imobiliário somente concerne às aquisições por negócio juridico. As aquisições que têm outro suporte fático (aquisições legais, como a aquisição a causa de morte) regem-se por outros princípios. O legatário, esse, é protegido, como o que recebe os bens em pagamento de divida da herança. O próprio testamento, embora seja negócio jurídico, não dá ao herdeiro a proteção por sua boa-fé. Também não gozam da proteção à boa-fé os que adquirem, após a entrada per universitatem; de modo que, se o ato de aquisição pela mulher é ineficaz (A. von Tuhr, *Der* Allgemeine TeU, II, 88, nota 22), a boa-fé não basta ao marido, pois a mulher não esteve de boa-fé. Todavia, como veremos, respeito à posse e à proteção possessória, existe o art. 496, idiotismo do direito brasileiro: e todo cuidado se há ter no trato da posse para a proteção possessória e da posse para usucapião. A propósito dessa, só se pode invocar o art. 496.

§ 523. Casos de sucessão universal

1. Pressupostos da sucessão universal. Para que exista sucessãc universal, é preciso que a lei considere existente o patrimônio admita algum fato como elemento de suporte fático:

E.g., extinção do sujeito do patrimônio (sucessão hereditárh legítima, ou testamentária): universum ius (defuncti), incluída posse (arts. 1.572 e 495), + morte do decujo. Todos os direitos pretensões, ações e exceções, deveres, obrigações, situações passivas nas ações e exceções, que se não extinguem, pelo fato da morte, transmitem-se. O herdeiro fideicomissário, como o fiduciário, é herdeiro universal. A devolução dos bens das sociedades e das fundações (arts. 22 e 23, 30, Código de Processo Civil, art. 1.204, 1-111) é sucessão universal.

A posse, na sucessão universal, transmite-se, sem que seja necessário ao sucessor o poder de fato; o poder de fato, que ele exerça, é continuação, que — no terreno fático — pode apenas significar maior atenção à posse, ou, ao invés, maior energia nela implícita.

2. Suportes láticos da comunhão universal. Há comunhão universal ou geral de bens: a) se a parte em patrimônio comum e transferida a outrem (art. 1.373: “Se a sociedade for de todos os bens, o domínio e a

posse deles tornar-se-ão comuns independentemente de tradição real, salvo o direito de terceiros"), e.g., se o herdeiro transfere a sua parte ideal; b) se há regime matrimonial da comunhão de bens, pois cada um dos cônjuges é co-titular dos bens que o outro traz ou adquire (aliter, a formação do capital social é por sucessão singular); c) se

há aumento ou decréscimo das quotas dos sócios, pois dá ensejo a que entrem ou saiam sócios. A quota do sócio que se retira da sociedade junta-se às dos demais sócios.

A alienação da herança pelo herdeiro único não é sucessão universal (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30∼-34º ed., 341); mas ésucessão universal a alienação da quota na herança.

3.

Sucessão universal translativo e sucessão universal constitutiva. A sucessão universal é transíativa ou constitutiva. O direito romano conhecia a hipoteca de universitates; exigem-se, no direito brasileiro, a especificação e individualização das coisas e animais em garantia no penhor rural (Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, mi. 2º, V), e o penhor agrícola é sobre colheitas, frutos, matas, lenha cortada, carvão vegetal, máquinas e instrumentos agrícolas (Lei nº 492, art. 6º, l-V), como sobre animais designados o penhor pecuário (Lei nº

492, art. 10). Em todo caso, há sucessão universal constitutiva, se se estabelece usufruto sobre quota do patrimônio comum, ou sobre todo um patrimônio (usufruto do titular do pátrio poder sobre os bens do filho, usufruto do marido sobre os bens trazidos ou havidos pela mulher (arts. 260, 1, 262, 265, 271, V, 289,11), ou da mulher, se lhe cabe a direção do casal (art. 251).

4. Posse e sucessão universal. Quanto à posse, não há, no direito das coisas e no direito das obrigações, regra jurídica que corresponda ao art. 1.572, que é de direito das sucessões (verbis "a posse da herança"). O suporte fático da transmissão da posse aos herdeiros, legítimos e testamentários, não precisa do poder efetivo pelo sucessor. O suporte fático da transmissão da posse in tervivos não o dispensa. O

pai, ou mãe, titular do pátrio poder, o marido, ou a mulher, nas espécies do art. 251, [-III, e parágrafo único, 1-IV, o adquirente de quota de patrimônio comum, recebe direito, pretensão e ação para tomar posse das coisas, não a posse mesma. Não há, para eles, um ari. 1.572, nem esse art. 1.572 éexplicitação especial de princípio geral de sucessão universal que se contenha nos sistemas jurídicos (cf. art. 494,1-1V). A ação típica é a de imissão na posse (interdicta adipiscendae possessionis), que supõe ainda não se ter a posse e tem por fito, precisamente, obtê-la. A ação de imissão nunca foi possessória; foi e é petitória. Com a adoção da saisina (Alvará de 9 de novembro de 1854, Assento de 16 de fevereiro de 1786, Código Civil, art. 1.572, nosso *A* Saisina no direito brasileiro, 25 s.), ficou sem razão de aplicação o interdito adipiscendae possessionis a favor dos herdeiros (cf. Comentários ao Código de Processo Civil de 1939,111, *1,* 333 e 346). Essa transformação do sistema jurídico, que se operou, no direito luso-brasileiro, em 1754, não se estendeu àposse dos outros sucessores. Aliás, assim se passa em todos os Sistemas que têm a saisina. Há, portanto, grande diferença entre a sucessão universal por herança e as outras sucessões. Há, nessas, sucessão transíativa quanto à propriedade, posto que a sucesSão, no mais, seja constitutiva (do direito à posse), e não transíativa. A não-sucessibilidade da posse deriva da sua natureza fática: não é ela direito, efeito, — é fato (E. E. Bekker, *Das* Recht des *Besitzes,* 302 5.): é preciso que a lei adote a transmissão; se não a adota, a posse do sucessor é nova; posse entrega-se, não se transmite, salvo lex specialis; por isso mesmo, os arts. 493 e 494 evitam a expressão "transmite-se", saJvo nos arts. 495 e 1.572, relativos ãsucessão hereditária. O art. 496 é explícito: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor para os efeitos legais." O art. 496

não diz que a posse se transmite ao sucessor universal; tendo adquirido a posse, a recebe com os caracteres (art.

495) com que foi adquirida. O art. 496 não dispensa o poder efetivo para a tomada de posse, posto que, obtido ele~ a posse continue com os, caracteres que tinha, estando, ou não, de boa-fé o adquirente. E isso o que significa "continua de direito a posse do seu antecessor". O art. 496 não equivale ao art. 1.572: no art. 496, há continuação tal como era, de modo que a boa-fé em que está o sucessor é inoperante a seu favor ou contra ele (aliter, em matéria de propriedade); no art. 1.572, ainda sem o poder efetivo, o sucessor recebe a posse, mais os caracteres que tinha no sucedido. O que os demais sucessores adquirem é o direito à posse; se a obtiveram, recebem-na como o sucedido a tinha, no plano da proteção possessória. No plano da

usucapião e da transmissão por registro, a sua posse é nova, embora continue a outra. E a diferença entre a continuação, se adquiriu o poder efetivo, e a transmissão (ads. 1.572 e 495), que prescinde do poder efetivo. ~Qual a razão, de iure condendo?

Na sucessão hereditária, o herdeiro sucede ao decujo sem que se possa supor a sua extraneidade aos atos dc posse do decujo; antes é de entender-se que os herdeiros, ou algum ou alguns deles, ou alguém, ou alguns, próximos do defunto, por eles, hajam continuado a posse, pelo poder efetivo. Nos outros casos, o sucessor pode ser pessoa que só agora vai tomar posse dos bens. No caso da mulher que exerce a direção do casa!, o problema dificilmente se põe, por terem posse ela e o marido. A posse do titular do pátrio poder, a do marido, a do novo sócio etc., somente pode ser a titulo singular É a posse, a título singular, do sucessor universal. A posse de má-

fé é continuada pelo sucessor universal como de má-fé; não tem ele a escolha, como o sucessor singular; por isso mesmo, se de boa-fé o sucessor universal, a posse, que lhe vem, é tal como a tenha o sucedendo. O

herdeiro, que, na sua qualidade de herdeiro, sucede ao decujo, no plano da propriedade e do registro, a) não ~e alegar a sua boa-fé, para adquirir direitos que não pertenciam ao decujo, *b)* não precisa, no plano da posse,

adquirir o poder efetivo, e recebe a posse (continuada) com os caracteres que tinha. Os outros sucessores universais estão nas situações a) e c), porém não na situação 14. O herdeiro, para defender a sua posse, intenta, desde logo, a ação possessória; os outros sucessores universais, a ação de imissão, se por si mesmos não a tomaram com a sucessão. Ali, a posse transmitiu-se; aqui, segue-se à do autor, em virtude do poder efetivo, ou algum outro meio de aquisição (arts. 493 e 494). O marido que nunca adquiriu poder material sobre bens da mulher não tem posse; tem direito à posse, o que é outra coisa.

§ 524. Dívidas e sucessão universal

1. *Passivo* e sucessão universal. Na sucessão universal, os deveres, obrigações e situações passivas correspondentes a ações e exceções passam ao sucessor. Se é a lei que regra a transmissão, ou se provêm de negócio juridico unilateral, é preciso que, aceitando a transmissão, o sucessor implicitamente, ou explicitamente, assuma a responsabilidade

2. Sucessão universal hereditário. No direito brasileiro, a responsabilidade não vai além das forças da herança (art. 1.587; antes, esse limite era restrição, que o aceitar a beneficio de inventário criava). O marido, ao estabelecer-se a comunhão de bens, não éresponsável pelas dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos ou reverterem em proveito comum (art. 263, VII). Bem assim, a mulher. Tais dividas anteriores, se não ocorre alguma das exceções do art. 263, Vil, in une, São pagas pelos bens particulares, se os há, ou pelos que o cônjuge devedor trouxe para o casal. Em se tratando de sociedade, a saida do sócio deixa intacta a responsabilidade solidária dos outros; e a entrada de novo sócio submete-o a ela. O

adquirente de quota da herança obriga-se aos credores dessa, dentro dos limites do art. 1.587, desde que se estabelece a relação jurídica contratual; de jeito que antes de qualquer tradição ou registro. Os bens particulares da mulher, de que o marido é usufrutuário *(e.g.,* art. 289, II), respondem pelas obrigações da proprietária.

§ 525. Transferência de patrimônios sem sucessão universal

1.

Transferência de patrimônio *e eficácia de sucessão.* A transferência de todo um patrimônio, por ato entre vivos, não produz sucessão universal, nem, a fortiori, confusão. A concepção de tal transferência é puramente consensual; a sucessão nos direitos pessoais e reais somente se opera por sucessão singular: cada direito ou cada bem se subordina às suas regras jurídicas, sem dispensa de tradição ou registro, se é exigido. Por isso mesmo, rege, quanto à posse, o art. 496, V parte (sucessão singular). A boa-fé em que estava o adquirente é

protegida «3. Planck, *Kommentar, III, 4º* ed., 222), posto que possa haver outra razão, ligada ao patrimônio, para ter de devolver a proprietário anterior a coisa adquirida pela boa-fé (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil* 91, nota 40). Não é permitida cláusula do contrato que exclua a responsabilidade do cessionário perante os credores do cedente. Esse apenas tem a posição de quem assumiu as dívidas, cumulativamente, mas dentro das forças do patrimônio transferido *(assun*ção cumulativa de *dívidas)*. Outra coisa seria a co-assunção contratual das dividas, pois, nessa, o cessionário do patrimônio excluiria os limites e se poria na mesma posição de devedor alienante do patrimônio. O que se há de entender, ainda em caso de dúvida, é que o adquirente só responde cum *uiribus.*

Se paga mais, tem pretensão e ação contra o alienante do patrimônio. Esses princípios regem a transferência por negócio jurídico formal e aquela que resulta de contrato nulo por defeito de forma, ou outra causa, ou sem instrumento contratual, ou de simples transferência de fato (transferência fática).

2.

Usufruto de patrimônio *e* sucessão. Também é singular a sucessão criada pelo usufruto do patrimônio (art. 714, *verbis* "patrimônio inteiro"). Os bens continuam sujeitos às dividas de quem constituiu o usufruto, existentes no momento da constituição dele; o usufrutuário responde, cumulativamente, pelos juros e outras prestações periódicas.

3. Aquisição da herança toda . A aquisição da herança toda é sucessão singular; donde: a boa-fé do adquirente é protegida (nem o. Art 496, nem os arts. 1.572, verbo "posse", e 495 incidem); sucede nas dividas; só responde dentro das forças da herança (art. ,1587 salvo se o alienante assumira a /esponsabilidade sem o limite. A

aquisição da quota do herdeiro é sucessão universal.

§ 526. Aquisição da posse

1.

Aquisição originária e aquisição derivada.. A posse também se adquire ou originária ou derivativamente.

Se alguém consegue o sobre a coisa, sem ser em virtude do consentimento de possuidor precedente, a sua posse é originária. Se adquiriu contra vontade de possuidor anterior, que ainda a tinha, posse é, e orignaria, posto que viciada. A posse derivadamente adquirida ou tem fonte em transferência por parte do era possuidor, ou tem fonte na lei (saisina, art. 1.572). A Posse derivadamente adquirida ou o foi a) por transferencia do poder efetivo, ou b) por acordo (Consensual) de transferencia da posse, se o adquirente está em situação de poder exercer o poder fático, ou c) pelo constituto possessório. Exclui-se a transmissão da posse pelo contrato a favor de terceiro. A Acordo (consensual) de transferencia de posse pelo contrato a favor de terceiro. O

Acordo (consensual) de transferencia de posse não é simples ato-real (ato- fato jurídico) tem caráter de negocio jurídico e o seu suporte fático é declaração ou manisfestação de vontade. Exige-se capacidade civil.

A Posse, que derivamente se adquire depende de tê-la, na ocasião da transferência, aquele de que se adquire.

Assim na sucessão a causa de morte como na sucessão entre vivos. Mas, se o adquirente tem a posse, porque a tomou, ainda que fosse falso tê-la o transferente, possuidor é (espécie a), e adquiriu-a originariamente; e não é possuidor o que a teria recebido, nas espécies *b)* e *c)*.

Na aquisição derivada da posse, o passado é recolhivel pelo possuidor; *e.g.,* pode defender-se e atacar turbações e esbulhos ocorridos antes da transmissão, tem a accessio *tem poris,* para a usucapião e a prescrição, pode exigir do proprietário o que o seu antecessor desembolsou, sucede a esse nas ações propostas, pró ou contra a posse. Observe-se, porém, que o adquirente por derivação pode ser de má-fé sem no ter sido o antecessor, ou vice-versa, e ser de boa-fé a posse por aquisição derivada sem no ter sido o antecessor, ou vice-versa. E assaz importante o art. 496 quanto ao sucessor universal e ao singular (continuação nos caracteres da posse e faculdade de união das posses).

2.

Aquisição translativa e aquisição constitutiva. A posse pode ser adquirida derivativamente, ou originariamente (sucessão hereditária; transmissão da posse mediata em cessão da pretensão àentrega, ou do direito à entrega; ou pela transferência negocial). Não se confundem a transmissão de toda posse e a cisão dessa, como se dá no caso de aluguel de prédios (aquisição constitutiva). A posse do locatário, do comodatário e outras semelhantes são em sucessão constitutiva: provêm da posse do dono do prédio, mas em desmembramento, uma vez que o proprietário conserva a posse mediata. Passa-se o mesmo com a posse do sublocatário. Não há acumulação de posses, como parecia a K. l-lellwig (Wesen und *subjektit.'e Begrenzung der* Rechtskraft, 246 s.), e sim cisão, desmembramento da posse em mediata e imediata, ainda quando a própria posse imediata se venha a cindir em mediata em relação a terceira posse *(e.g.,* a do sublocatário). Também no *constitutum* possessorium, o possuidor procede ao desmembramento da sua posse: a mediata passa a outrem, a imediata fica. Tais desmembramentos só se podem dar se o direito as permite.

§ 527. Relações jurídicas na sucessão singular e na sucessão universal

1.

Relação *jurídica* e *sucessão.* Sucessão de direitos *de per si é* sucessão singular; sucessão de patrimônio, ainda que só esteja nele um direito, é sucessão universal. Como o conceito de sucessão se refere a direitos e a obrigações, é possivel a sucessão de dividas. A respeito, dá-se o mesmo que no tocante aos direitos: a relação jurídica é outra (mudou o termo); o direito é o mesmo. Na sucesao singular, é preciso que haja cessões de crédito e assunção de dividas (sucessão singular de dívidas), para que a sucessão seja completa. Na sucessão universa], tudo se transfere, quaisquer que sejam os direitos e dívidas transferiveis: não é a relação jurídica, nem são as relações jurídicas que mudam de termos; são os direitos e deveres que sofrem, através de patrimônios, a mudança de sujeitos, ali ativos e aqui passivos.

2.

Saída e entrada de direitos. Na sucessão singular, o direito sai de um patrimônio e, assim, deixa de ficar

exposto às consequências das dívidas desse, e entra noutro, onde passa a ficar exposto às suas dividas. A continuação da responsabilidade é excepcional; idem a não-assunção de responsabilidade nova. Na sucessão uni-venal, o suporte fático é um só, embora muitos os direitos e dívidas que compõem o patrimônio do sucedido. Dá-se de um só golpe, uno *actu;* de modo que deixa de haver todo o conjunto de atos que seriam necessários para que se transferissem todos os direitos e dividas que compõem o patrimônio. Inclusive não se precisa de *registro* para que se transmitam os direitos aos bens imóveis, nem da *tradição* para a transmissão dos direitos aos bens móveis. Tampouco, precisa o adquirente de conhecer o que adquire e, até, de saber se adquiriu algum patrimônio. Herda-se e é-se proprietário e possuidor de bens, por morte de alguém, sem se ter qualquer notícia disso. Enquanto isso se passa no tocante aos direitos do adquirente, o patrimônio leva consigo dívidas, que também se transladam, razão por que A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* II, 87) dissera que subsiste a responsabilidade do patrimônio pelas obrigações do autor As dividas ou se transferiram ou ainda não se transferiram. Se se transferiram, não há falar-se de responsabilidade pelas dívidas do sucedido, se não em sentido de mera alusão à fonte pretérita de tais dividas. Quando, por exemplo, no art. 1.796 do Código Civil brasileiro, se escreve que „a herança responde pelo pagamento das dividas do falecido", usa-se de linguagem romana que não é a do art. 1.572 (saisina); e aqui, dirse-á, como em tantos outros setores da vida, os detritos, os galhos cadaverizados, custam a cair da árvore. O assunto precisa ser mais aclarado, a seu tempo. O sujeito passivo das dividas do decujo éo titular ou titular do bem coletivo, do patrimônio. Só nesse sentido se pode admitir que se fale de responsabilidade do patrimônio.

3.

Sucessão universal, ativo *e passivo.* Para que se dê a sucessão universal, é preciso que alguma regra jurídica tenha como suporte fático patrimônio (= que a lei a estabeleça). a) Um dos casos mais frequentes e o mais importante deles é o da sucessão causa mortis: opatrimônio do decujo vai aos herdeiros universais.

Direitos e dividas, o universum *ius* defuncti, passam aos sucessores universais, incluindo-se a posse, se o sistema jurídico adota, como o brasileiro, a saisina da posse. O herdeiro fideicomissário, universal, sucede ao decujo, e não ao fiduciário. Os co-herdeiros ficam, desde a morte do decujo, em relação de comunidade. *b)* Outro caso de sucessão universal é o do art. 30 do Código Civil brasileiro (cf. alemão, §§ 87 e 88; suíço, arts.

88 e 89), sobre o patrimônio da fundação de que se verificou ser nociva ou impossível a mantença: o sucessor é outra fundação ou os sucessores são outras fundações de fins iguais ou semelhantes. *c)* A comunhão matrimonial de bens forma-se por sucessão universal: os dois patrimônios fundem-se, segundo regras jurídicas que discriminam o que se não há de incluir na comunhão. Na constituição das sociedades, não se dá o mesmo: os sócios são sucedidos pela sociedade, a título singular *b)* Outros exemplos têm-se na fusão de sociedades por ações, na transformação das sociedades por ações em sociedades de responsabilidade limitada, e na dissolução de um sindicato de classe para a criação de outro.

§ 528. Disposição e aquisição de direitos futuros

1.

Aquisição de direitos. No art. 74, diz o Código Civil: "Na aquisição dos direitos se observarão estas regras: 1 - Adquirem-se os direitos mediante ato do adquirente, ou por intermédio de outrem. II - Pode uma pessoa adquiri-los para si, ou para terceiros. III - Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar." Analisando-se as regras jurídicas, que aí se contêm, logo se percebe que o inc. 1 somente aludiu à sucessão singular, ou universal, em que o direito egressa do patrimônio de alguém e ingressa no patrimônio de outrem. Não se atendeu a que há direitos que se adquirem sem ato do adquirente e sem intermediariedade de outrem. O inc. II refere-se a aquisição para si, ou para terceiros, com certa largueza, que vai muito além da simples representação. O inc. III apenas insere duas definições. Dizem-se direitos atuais os completamente adquiridos, mas é de ver-se que a expressão "completamente" nada acrescenta ao conceito. Todos os direitos adquiridos, que atualmente existem, são, certo, direitos adquiridos; os que deixaram de ser foram direitos adquiridos.

Aquisição ou há, ou não há. Não há aquisição incompleta, em contraposição a outra espécie de aquisição, que seria a completa. Toda aquisição é completa. Por isso mesmo, direitos futuros são aqueles cuja aquisição "não se acabou de operar", ou, melhor, cuja aquisição não ocorreu, porque o conceito de aquisição é conceito de fato punctual, no tempo. Não se adquire durante um dia, ou durante semana, ou durante mês, ou durante ano.

2.

Direitos futuros. Ainda que se tenham de ir formando os diferentes elementos do supode fático, — como se dá na usucapião, em que um dos elementos, necessariamente, é o tempus, — enquanto se não compõe o

suporte fático, sobre que incida a regra jurídica relativa à aquisição, não há aquisição. O que pode haver é a produção de efeitos, uns após outros, dos quais um, alguns ou todos importem em aquisições; porém, então, não há somente urna aquisição, se mais de uma houve, mas diferentes aquisições, a que correspondem direitos, pretensões, ações, ou exceções, diferentes entre si. Se o direito ainda não se produziu, e é de se esperar que se produza, fala-se de direito futuro *(e.g.,* juros futuros de empréstimo). As vezes também se alude a direitos futuros concernentes a relação jurídica que ainda não existe; porém, em tais casos, não se está no mundo jurídico, — está-se no mundo fático, como se a pessoa pensa nos aluguéis de casa ou de apartamento que ainda não comprou, ou ainda não alugou, ou no que vai receber de preço por mercadorias ainda não vendidas, ou na pretensão a indenização pelo dano que o vizinho, construindo a obra, ainda não causou, e apenas eventualmente pode acontecer que cause. Sobre esses direitos futuros, de que se cogita no mundo fático, não pode haver, de regra, disposição eficaz, posto que possa sempre haver ato de disposição quanto a esses e quanto àqueles outros direitos futuros, que vão decorrer ou podem decorrer de relação jurídica já existente. Certamente, podemos obrigar-nos à prestação de direitos faticamente futuros, como à prestação de direitos juridicamente futuros (e.g., vender a coisa que ainda não adquirimos). Tanto posso vender a casa que ainda não comprei como posso ceder os juros que terei de receber durante o próximo ano. O que não pode haver, sempre, é a eficácia de disposição.

Não posso transmitir a propriedade do bem móvel que não é meu. Nem posso dispor do imóvel, se o ato de transmissão não é registrável.

3.

Negócios jurídicos *sobre direitos* futuros. Os direitos futuros criam problemas sutis. Em geral, pode-se adimplir por antecipação crédito ainda não existente. Em verdade, quando se dá caução em dinheiro, em garantia de aluguéis que ainda não são devidos, não há tal antecipação, em que acreditam alguns juristas (e.g., A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 11, 390), porque tal caução é ao direito unitário da locação e não ao aluguel, sem o que não seria possivel distinguirem-se aluguéis adiantados e caução em *dinheiro.* Também é possível pagar-se, antecipadamente, divida de jogo, mas tal pagamento é irrepetível, segundo o art. 971, salvo nas espécies previstas no art. 1.477, 2º parte. Não é adimplemento antecipado a atribuição patrimonial a favor do herdeiro necessário (art. 1.171): há apenas doação, que se há de entender, ainda que não se diga, como adiantamento da legítima, em se tratando de doação dos pais aos filhos (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine TeU,* II, 390). O ato pelo qual alguém se obriga a dispor de direito alheio tem toda a eficácia obrigacional (= no plano do direito das obrigações), porém não pode ter a eficácia real (= no plano do direito das coisas), porque a pessoa que se obrigou ainda não adquiriu o direito ou o poder dc disposição: se, além de se obrigar, disse que dispunha do direito, só se há de entender que somente dispôs do direito futuro, ou por só ser futuro no mundo fático *(e.g.,* ainda nõo tem qualquer direito à aquisição futura do direito de que dispôs), ou por ser futuro no mundo juridico (e.g., tem o outorgante pré-contrato quanto ao direito futuro). Se, posteriormente, adquire o direito, ou o poder de disposição, com a aquisição vem a eficácia real do ato precipitado de dispor (pós-eficacização). Se não dispusem, mas apenas se obrigara, a pretensão obrigacional pode ser executada. O que dissemos sobre eficácia real, que falta, também se entende com a eficácia obrigacional, que acaso falte, como se dá na cessão de crédito futuro. Em se tratando de créditos futuros, que já se baseiem em relação jurídica existente, como o que pode resultar do advento da condição suspensiva, o poder de disposição já, existe. Quanto aos direitos futuros, que em relação jurídica existente não se baseiam, não há pensar-se em transmissibilidade:

assunção da obrigação de dispor é possível, com toda eficácia, exceto a de execução, devido a ainda não existir o direito; o ato de dispor é semelhante ao ato do gestor de negócios, que dispõe da coisa alheia,

— não há pensar-se em disposição eficaz salvo se houve tradição, ou registro, que tenha o papel de elemento do suporte fálico, para tornar o ato do outorgante mais do que assunção de obrigação. A luta entre os juristas, uns pela admissibilidade (O. Planck, *Kommentar,* II, *1,* 556; R Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnusse* 313; R. E. von Ohmeyer, *Verjtigung uber Ktinftige* Rechte, 212 5.; O. SQss, *Abtretung ktinftiger Anspríiche,* 24 5.; O.

Warneyer, *Komnientar,* 1, 685), outros pela inadmissibilidade (P. Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 55; A.

Bergk, *Ubertragung und P/ândung kúnftiger Rech te,* 68), parece-nos superada. Praticamente, o que importa saber-se é se, vindo o outorgante a adquirir o direito faticamente futuro, tem ou não ação de imissão na posse (sob o direito anterior, Código de Processo Civil, arts. 381-383), ou se o direito creditório entra no seu patrimônio, dependente, apenas, da notificação do art. 1.069 a eficácia contra o cedido. A resposta também tem importância para se saber se a notificação precisa ser antes ou depois do nascimento do direito. Teríamos de repelir a eficácia de notificação ao cedido antes de ser ele devedor, se a resposta tivesse de ser contra a ação de imissão na posse em favor do cessionário de direito faticamente futuro, e contra a posterior aquisição automática do crédito pelo cessionário se feita a cessão ao tempo em que o crédito era apenas faticamente futuro. Argumenta-se que os atos de disposição de futuros direitos de autor, direitos faticamente futuros, porque a obra ainda não foi feita, são frequentes: todo contrato de edição de obra ainda não realizada contém ato de disposição de direito faticamente futuro (cf. C. Crome, *System,* 24); porém, aí, é da natureza do contrato de edição que verse, tratando-se de obra a ser feita, sobre direito faticamente futuro. Ainda assim não há a

transmissão sem que o autor entregue a obra; portanto, sem que haja a tradição do original, ou sem que o autor a dê por pronta, ou transfira a outrem, o que é dar por pronta. A discussão que se travou entre os juristas teve para animála a confusão entre quatro conceitos: o de ato de disposição, o de poder de disposição, o de disposição e o de eficácia quanto àpessoa de que se origine o direito. Há atos de disposição sem poder de disposição, qual o do gestor de negócios e o de quem vende coisa de outrem. Há poder zle disposição sem ato de disposição, embora ocorra assunção de obrigação de dispor Há atos de disposição,

com poder de disposição, sem que eficazmente a disposição se dê, como se o proprietário da coisa arrestada, ou penhorada, a aliena: então, o que tem o poder de dispor, por ato de disposição, dispôs do direito, mas a disposição é relativamente ineficaz. Também o que cede o crédito, podendo cedê-lo, dele dispõe, sem que, antes da notificação, seja eficaz a disposição, em relação ao cedido. O ato de disposição pode ser quanto a qualquer direito fática ou juridicamente futuro, ainda que o disponente não tenha o poder de disposição. Se o direito só é futuro em relação ao disponente, como se a coisa já existe e pertence a outrem, e preciso que ocorra a ratificação pelo titular do direito, ou a transmissão ao que praticou o ato de disposição, sem ter poder de dispor. Se o direito ainda não existe a respeito de qualquer pessoa, — ou vai nascer de ato do disponente sem poder de disposição, então tudo se passa como se a prática do ato fosse execução pelo devedor, ou vai nascer de ato de outrem, espécie em que o disponente, adquirindo o direito, já o adquire para encher o seu ato de disposição, vazio de poder de disposição, ou vai nascer de fato jurídico, espécie em que se dá o mesmo enchimento do ato do disponente sem poder de disposição. Três exemplos bastam para que se vejam, na prática, as três espécies: o escultor vendeu a escultura, que ainda não fez, mas de que mostrou o esboço, ou de que deu explicação ao comprador, ou o escritor vendeu a propriedade da obra, ainda por escrever, de que recebera a encomenda, ou que ofertara ao comprador; a pessoa, que costuma receber todos os anos, presente de Natal, sempre de cinquenta mil reais, cede o crédito contra o banco, pelo qual lhe tem vindo a quantia, para o caso de lhe vir, no fim do ano, ou no ano proximo, o presente; o dono da fazenda vende e dispõe de todas as crias, que tenha o gado entre os meses de janeiro a junho do próximo ano. O ato de disposição relativamente a coisa que não pertence ao disponente, ou ainda não nasceu, não depende de atos necessários à realização da disposição antes de existir o direito; o que depende de tais atos é a disposição do direito futuro, tal como acontece em relação aos direitos imobiliários, ou, ainda, no tocante aos bens móveis, se não pertencem ao disponente, ou não existem, porquanto não poderia haver tradição da coisa de que se não tem posse, ou da coisa que não existe. Todavia, vindo a tornar-se possíveis esses atos necessários á realização da disposição, opera-se a disposição, isto é, a transmissão, uma vez que o poder de disposição se criou. O escritor, que vendeu a obra a ser escrita, e dela dispôs, certamente não transmitiu a posse, mas o adquirente do direito faticamente futuro tornou-se, ao nascer o objeto do direito, que é a obra, dono dela, razão por que e legitimad0 ativo na ação de imissão na posse, o que, sob o direito anterior, se dava com fundamento no art. 381, 1, do Código de Processo Civil. O herdeiro necessário, ou o

herdeiro legitimo, ou o herdeiro testamentário, ou o legatário poderia ceder o direito faticamente futuro ao que possa receber por morte do decujo, se o art. 1.089 não tivesse afastado, em regra jurídica explícita, qualquer negócio jurídico sobre herança de pessoa viva. Quando o dono da propriedade ou arrendatário vende e dispõe, com poder de apropriação, frutos ou outros elementos da coisa, pratica ato de disposição, com poder de disposição, da propriedade futura de bens móveis. Tal outorgado não adquire, somente por isso, a posse de tais bens, mas, adquirindo a propriedade, pode pedir a posse, ou propor ação de imissão na posse. Se A sabe que lhe vai nascer crédito contra B e cede a C o crédito faticamente futuro, como se conhece as condições financeiras de B e espera que lhe venha pedir dinheiro emprestado, A celebra acordo sobre crédito ainda não nascido. Se B pede o empréstimo e recebe o dinheiro e, sem ter havido notificação a ele quanto à cessão, paga a dívida, a cessão existiu, apenas não teve eficácia contra B (art. t069, 1a parte). Ê óbvio que qualquer ato de disposição relativo a direitos futuros exige, como se se tratasse de ato de disposição de direitos presentes, a determinação do direito a que se refere.

4. *Ilicitude.* O ato de disposição de direitos futuros é nulo, por ilicitude do objeto (art. 145, II), se recai sobre todos os direitos futuros, porque tal cessão importaria em renúncia à capacidade de direito, fraudando-se a lei.

Tampouco pode valer o ato de disposição que implique em se afastar, previamente, a anulabilidade por dolo (arts. 92-97); porque tanto é ilicito renunciar a essa ação futura quanto renunciar à ação que já tivesse nascido.

Tampouco vale a renúncia ao direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário (art. 1.182). Todo direito, que, presente, é irrenunciável, também, se futuro, o é; sem que a recíproca seja verdadeira, em todos os casos. Se se trata de direito formativo *(e.g.,* a compensação) e o exercício antecipado seria contraditório com a sua finalidade, é nulo o ato de disposição do direito futuro. Nem vale a intimação para eventualidade de mora futura. Se o exercício do direito formativo pode ser antecipado, sem prejuizo para a pessoa contra quem se exerce, como se, pelo contrato, o prazo pode ser prorrogado a líbito do titular do direito formativo, nada obsta a que se exerça o direito futuro, ressalvando-se a vontade futura daquele que recebe a prorrogação, se, por alguma circunstância, se excluida a eficácia da prorrogação, em favor do que a recebe. Tratando-se de opção real,

antes de se comporem os seus pressupostos, o exercício do direito futuro é ineficaz, porém dá-se a eficacização logo

que nasça o direito de opção.

5. *Pluralidade de* atos *de disposição.* dispositivos, contraditórios, do mesmo prioridade no tempo, ou o registro (em efetividade da disposição. Se há dois ou mais atos direito futuro, decide a relação a terceiros), *6.Eficácia das disposições antecipadas.* Disposição antecipada só se opera no momento em que nasce o direito de que se dispõe. Mais uma vez não se há de confundir com a disposição o ato de dispor No momento mesmo em que o suporte fático da regra jurídica de transmissão do direito, se presente fosse, se completa, nasce, a favor da pessoa a quem foi antecipadamente transferido, o direito de que se dispôs. Em relação ao disponente, a aquisição é *ipso iure.* Já não precisa o adquirente de qualquer ato do alienante, salvo aqueles que seriam precisos em caso de disposição do direito presente. No momento em que o escritor acaba a obra e vai entregá-la a terceiro, em vez de ao comprador, pode o adquirente ir, como dono, contra o ato de alienação da coisa alheia, pedindo a imissão na posse, ou exercendo a pretensão cominatária dos arts. 287 e 461, do Código de Processo Civil, ou outra ação adequada de proprietário sem posse. Aqui, há ponto em que se precisa prestar toda atenção ao que se passa no instante exato do nascimento do direito. Uma vez que valeu e foi eficaz o ato jurídico do alienante, a despeito de se tratar de direito futuro, ele recebe e transfere, com intervalo infinitamente pequeno de tempo, o direito de que dispôs. Não se diga que em nenhum momento o disponente foi titular do direito de que dispôs. A ciência do direito não pode arbitrariamente apagar o infinitamente pequeno temporal nas sucessões porque seria exigir ao titular do direito *ser* elemento do suporte fático do ato de disposição e não *ser* elemento do suporte fático do ato de aquisição, criando-se contradição entre a sucessão lógica e a sucessão juridica (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* li, 392). Por isso mesmo, se o direito antecipadamente cedido nasceu em favor de outrem, ou, modificado, em favor do disponente, o que o adquirente recebe ou é nada, ou é o direito tal como veio ao disponente. Também o ato posterior do disponente pode tornar ineficaz o ato dispositivo, como se o locador, que cedeu aluguéis futuros, aliena a casa, ou a destrói. O disponente não é só pessoa

intercalar, logicamente, entre aquele de que depende o direito e o adquirente; também o é juridicamente. Certamente, o ato de disposição pode ser anulado por credores, em caso de fraude contra credores, ou revogado pelos credores falenciais, porém isso nada tem com a questão da sucessão jurídica: o ato de disposição do direito futuro já reduz, de si só, o patrimônio do disponente.

A cessão de créditos e as cessões de direitos, a que se refere o art. 1.078, são, no mundo jurídico, — quer para os direitos presentes quer para os direitos futuros — independentes de ciência por parte do devedor cedido; mas a eficácia, quanto a esse, depende da notificação (art. 1.069, IA parte). O cedente adquiriu, lógica e juridicamente, no instante *anterior* ao em que se transferiu ao cessionário o direito, — razão por que pode haver dois impostos de transmissão a serem pagos. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que existirem contra o cedente no momento em que nasce o crédito e compensar com o cedente pelos créditos que, no momento de nascer o crédito, tenha contra ele, sem importar ter, ou não, havido notificação da cessão (art.

1.069, 1ª parte).

Capítulo III

Ineficácia dos Atos Jurídicos

§ 529. Ineficácia dos atos jurídicos

1.

Invalidade e ineficácia. Existindo o ato jurídico, pode ser *válido* ou *não-válido* (= nulo ou anulável), *eficaz* ou *ineficaz.* Se o negócio jurídico não existe, não há pensar-se em conceito de validade ou de eficácia.

Primeiro vem o ser que o valer e o ter efeitos. De modo que, ao dizer-se ser ineficaz o negócio jurídico, não se lhe nega a existência: implicitamente se afirmou que existe negócio jurídico; ao dizer-se que é nulo, ou anulável, implícita está, na afirmação de nulidade ou de ineficácia, a de existência, O sem-efeitos que não existe é sem efeitos

porque não é: não é; e, pois, sena absurdo que tivesse efeitos, O sem-efeitos, de que se pode falar e só dele tem sentido falar-se, é o ser que é sem efeitos: é, mas faltam-lhe efeitos, O que não existe é nada; se se lhe chama "nulo" é em sentido que não se põe no plano da validade: é o não-ser, que equivocamente se chamou de nulo.

Todos aqueles que deixam de distinguir *invalidade* e *ineficácia* se expõem a erros graves. A distinção é

imprescindível ao conhecimento dos sistemas juridicos. Trata-se de dois conceitos fundamentais. o primeiro diz respeito à validade do negócio jurídico; o segundo só à projeção dos seus efeitos. (Falando de projeção, excluimos que todo efeito, embora *posterior* ao negócio juridico, tenha de ser no futuro.) A falta de eficácia não é défice do negócio jurídico mesmo; é não-ser das suas consequências. Daí ainda ser incorreta a definição da nulidade como a inidoneidade a produzir os efeitos essenciais. Tanto assim, que há, excepcionalmente nulo com efeito.

2.

Complexidade do suporte fático. Se o suporte fático é complexo e ainda falta algum elemento (fato ou ato jurídico), ou não se pode pensar, enquanto o elemento não entra no suporte fatíco, integrando-o, em ato jurídico, ou se trata de negócio jurídico geminante, como a oferta e a deixa testamentária sujeita a aceitação, se bem que aqui não haja o negócio jurídico geminado. Os negócios jurídicos unilaterais são quais unicelulares, no mundo biológico; os negócios juridicos bilaterais, ou plurilaterais, são como os seres gerados por dois seres. A falta do elemento do suporte ático, sem o qual o ato jurídico *stricto* sensu ou o negócio jurídico não seria, não se confunde com a falta do elemento do suporte fático, sem o qual o ato juridico *stricto* sensu ou o negócio jurídico seria porém não *valeria,* nem, ainda, com a falta do elemento que apenas concerne à eficácia, sem o qual, portanto, o ato jurídico *stricto* sensu ou o negócio jurídico poderia ser e valer, posto que não tivesse efeitos, ou algum ou alguns dos efeitos. Ainda quando a causa da ineficácia é também causa de invalidade, de eficácia e ineficácia só se pode falar a *partir,* em projeção, do momento em que se constitui o ato jurídico *stricto* sensu ou o negócio jurídico.

O próprio efeito no pretérito é efeito causado desde esse momento; isto é, quando o suporte f ático já entrou no mundo jundíco. Não se pode falar de eficácia, causada antes disso, ou depois da saída do suporte f ático, porque nao há efeito do inexistente.

3.

Ineficácia dos atos *jurídicos e falta de* consequênciaS. (a) Quando se exclui todo efeito ao ato jurídico stricto sensu ou ao negócio jurídico, diz-se que é ele ineficaz. Pode também ser ineficaz para certa pessoa, ou tempo, ou lugar, ou no tocante a outro dado da realidade da vida. E a ineficácia relativa. A ineficácia pode não coexistir com a nulidade, posto que, de regra, os negócios jurídicos nulos sejam ineficazes. *(b)* A ineficácia dos negócios jurídicos tem de ser considerada tendo-se em vista a eficacia que se tinha por *fim* com eles, o que não é o mesmo que considerá-la tendo-se em vista o seu conteúdo, donde a diferença entre a definição de R.

Leonhard *(Der* Allgemeine Teu, 420) e E. Zitelmann *(Irrtum* und Rechtsqescllдft, 101) e a dos outros juristas, inspirados esses nos *Motive* (1, 216). *(c)* A *ineficácia* do negócio jurídico não se confunde com *indiferença,* ou *falta de conseqíiência.* Negócio jurídico ineficaz pode dar ensejo a consequências, *e.g.,* a perdas e danos.

4.

Ineficacidade, invalidade e inexistência. A ineficacidade, em sentido geral, abrangeria a) o ato jurídico, especialmente o negócio jurídico, válido ou não, que fosse sem efeitos ou sem algum efeito, *b)* o ato jurídico inexistente, especialmente o negócio jurídico inexistente e c) o ato jurídico, especialmente o negócio jurídico, ainda sem efeitos. Porque o que não é não tem efeitos. Mas o sentido em que mais tecnicamente se emprega a expressão é apenas o de a). Se o ato jurídico não existe, não é jurídico o ato, e o conceito de ineficácia jurídica não tem de aludir a ele. Se o ato juridico apenas só tem efeitos com o advento da condição ou termo, pelo menos esse efeito ele já tem, que é o de, embora sob condição, ou a termo, estabelecer a espera do advento (efeito interimistico, na condição suspensiva, ou no termo suspensivo), gerando o direito expectativo.

A inclusão dos atos jurídicos stricto *sensu* e dos negócios jurídicos

condicionais ou a termo, durante a suspensão, como atos jurídicos ineficazes, é errónea. Foi mérito de R. Leonhard, já em 1900, ter repelido tal atitude de E. Zitelmann *(Irrtum iind Rechtsgeschâft,* 101) e de E A. Kaufmann *(Kommentar* und *Instltutionen* des *8GB.,* 1, 126): ato juridico que já é e cuja eficácia vai ser, ou pode vir a ser, não é natimorto, nem é embrião; eficácia suspensa não é ineficácia, e só se pode ter como ineficaz o negócio jurídico condicionado ou a termo se se dilata o conceito de ineficácia a ponto de abranger os negócios jurídicos cuja eficácia vai ser depois, posto que já tenha tido o de determinar o direito expectativo. A ineficacidade supõe que, a despeito da vontade que se manifestou e do conteúdo da manifestação, certo efeito ou efeitos não se dêem. Ora, se houve condição, ou termo, há acontecimento do que se quis, ou do conteúdo do ato jurídico; de modo que não há ainda eficácia, porém não deixou de haver a eficácia do ato jurídico: tem ele a eficácia que havia de ter, menos a que depende do fato ou do tempo.

557

5.

Superação *da ineficácia.* (a) A ineficácia pode ser posta de lado, ou superada, como se o vendedor do prédio alheio o adquire; e pode ser insanável, irremediável, e então coincide com a nulidade (L. Enneccerus, *Das Bíirgerliche Recht,* 2º ed., 1, 270, nota 1). De modo que não se pode dizer que todos os atos jurídicos ineficazes sejam nulos; nem vice-versa. O negócio jurídico condicional ou a termo ainda não é plenamente eficaz; se é válido, tem, pelo menos, o efeito mínimo. O ato jurídico nulo, dependendo (excepcionalmente) de ação a decretação da nulidade, é eficaz até esse momento. A ineficácia pode sobrevir; *e.g.,* se o vendedor, antes de entregar o prédio vcndidp, o vendeu a outrem, que obteve o registro. A nulidade é sempre ab *initio.* Há ineficácia posterior ao ato jurídico; não há posterior nulidade (Wilhelm Figge, *Der Begriff der Unwirksamkeit,* 37). Porque a nulidade diz respeito à falta de pressupostos de validade do ato jurídico, ou do negócio jurídico; ao passo que a ineficácia deriva de falta de pressupostos para a irradiação de efeitos, ou para essa irradiação até certas pessoas, ou até outras pessoas que não as particípantes do ato jurídico ou do negócio jurídico. *(b)* A ineficácia não deriva somente da

falta de direito por parte do declarante da vontade. A nulidade acarreta, de ordinário, ineficácia. Donde já aí se poder assertar que há mais casos de ineficácia do que de nulidade, além de serem eficazes os atos jurídicos *anuláveis. (c)* A ineficacidade pode ser absoluta, ou relativa, conforme é para todos, ou somente para alguém. O direito comum herdou-nos os conceitos de nulidade e de anulabilidade, que se não devem confundir com os de ineficácia absoluta e de ineficácia relativa. Deles já tratamos no Tomo IV.

§ 530. Limites da eficácia

1.

Eficácia jurídica e esfera jurídica alheia. A eficácia dos atos jurídicos stricto sensu ou dos negócios jurídicos não pode ir contra os direitos, pretensões, ações e exceções das outras pessoas, se essa não é a eficácia que o próprio sistema jurídico lhe confere. Pode A vender três vezes, ou mais, a mesma coisa, ou a coisa alheia: obriga-se tantas vezes quantas as vezes que a vendeu. A transmissão é que estabelece o direito real; e nenhum dos compradores pode pretender que o seu direito é melhor: só há um direito real, o daquele a quem se transferiu a propriedade da coisa. Se alheia era, os contratos de venda e compra não podem ter a eficácia da transmissão; tê-la-ão, se o vendedor adquire a coisa, e então aquele a quem se transmitir a propriedade, em adimplemento do contrato, será o que a logrou. O vendedor continua a responder, por sua promessa, aos outros compradores. A *existência* e a *validade* nada sofrem por haver direito de terceiro, ou pretensão, ação ou exceção de terceiro. As relações entre as pessoas, quanto a direitos, pretensões, ações e exceções, em que não são sujeitos ativos ou passivos, apenas se hão de considerar no *plano da eficácia* dos negócios jurídicos, ou, em geral, dos fatos jurídicos. Quando se diz que algo ofende direitos, pretensões, açoes ou exceções de terceiros, nada mais se faz do que se aludir à inoponibilidade de efeitos a eles, à não-produção de efeitos contra eles. E o *princípio da interindependência* das eficácias, interindependência que se processa entre os figurantes e, excep-cianalmente, *erga* omnes. Os atos jurídicos, como os outros fatos jurídicos, têm o seu campo de existência, com a sua projeção de efeitos. Não se ferem, e os seus efeitos próprios obedecem a *principio de relacionamento,* segundo o qual só entre os termos da relação eles se produzem. Quando se diz que tal efeito ou tais efeitos não são oponíveis a terceiro, nada mais se

faz do que, *in casu,* afirmar-se que o efeito ou os efeitos não atingem a esfera jurídica do terceiro. Quando se diz que o terceiro pode *impugnar,* reconhece-se-lhe defesa, ativa e posterior; digamos: em reaçao. Quando se diz que pode alegar a inoponibilidade, reconhece-se-lhe defesa preventiva, ou imediata. Há, numa e noutra espécie, atendimento dos princípios acima enunciados. Os sistemas jurídicos ainda mantêm o conceito da revogabilidade por terceiro, como o direito brasileiro a respeito da fraude do falido contra credores; e o da legitimação do terceiro, quanto à anulação por fraude.

2. *Eficácia e* exercício de *direitos.* Quando há eficácia e se exercem os direitos surgidos dos fatos jurídicos, há plano inferior de eficácia, que é o do *exercício* dos direitos. Aí, menos caracterizados os limites das diferentes eficácias, teve-se de criar a teoria do *abuso do direito,* ou do exercício irregular dos direitos, que obviasse aos inconvenientes do romanismo absolutista do *Neminem laedit qui* suo *iure utitur* ou **Nemo iniuria facit qui iure* suo *utitur.* (Sobre isso, além do capítulo especial deste livro, no Tomo II, os Comentários *ao Código de Processo Civil de 1939,1,* 126-145.)

§ 531. Ineficácia relativa

1. Conceito. Diz-se que há ineficácia relativa quando o negócio jurídico é ineficaz para uma, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra, ou para outras. Não se há de confundir com a anulabilidade, dita, atecnicamente, nulidade relativa, porque, de regra, o ato jurídico anulável é eficaz, até que, com a desconstituição, se faça ineficaz, *ex tunc;* nem com a resilição, que é ineficácia a partir de certo momento, por se ter resolvido, *ex* nunc, o ato jurídico. Os exemplos mais vulgares de ineficácia relativa são o do ato de disposição, se há, em proteção de alguma pessoa, proibição de alienar, ou, em geral, de dispor, e a do ato de disposição em fraude de execução (cf. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, arts. 167, 1, nº 5) e 21), 239 e 240). O disponente continua como sujeito forçado do direito de que

ineficazmente dispôs só relativamente a alguma, ou algumas pessoas (Voss, (Iber den Begriff "Unwirksamkeit", *Jherings JahrbOcher,* 51,450: "Zwangssubjekt"). Dispôs, e não é por interesse próprio, nem por vontade própria, que continua como titular; o sistema jurídico força-o a esse meio caminho, a esse permanezer na titularidade. O ato de disposição entrou no mundo jurídico, até certa extensão subjetiva; no mais, não entrou.

A ineficácia relativa é inexistência *parcial* de efeitos, se bem que nem toda inexistência parcial de efeitos seja ineficácia relativa. Para o disponente e para as pessoas a respeito das quais não se dá a ineficácia, há eficácia; de modo que, por exemplo, o vendedor não pode exigir restituição da coisa e os credores não a podem penhorar: os credores do adquirente podem penhorá-la, mas sem eficácia em relação à pessoa ou pessoas a favor de quem ocorreu a ineficácia relativa. Se a proibição se refere a crédito, o ato de disposição, inclusive o recebimento do pagamento, é relativamente ineficaz: ao credor extingue-se o crédito, pela solução; o devedor, para a pessoa, ou pessoas protegidas pela ineficácia relativa, não pagou, pois que pagou sem eficácia quanto a ela, ou quanto a elas (A. von Tuhr, Der *Aligemeine Teil* II, 328). Se alguém tem direito de usufruto ou de garantia sobre o crédito, a prestação ao credor não libera o devedor, no que concerne ao usufrutuário, ou ao que tem a garantia. Dá-se distribuição das pessoas, de jeito que o negócio juridico ou o ato juridico stricto sensu se cinde, subjetivamente, no plano da eficácia.

2.

Eficácia num só ramo *e em* trato *de tempo.* É preciso que também se não confundam a ineficácia relativa e a eficácia num só ramo. Quem vende coisa alheia vende com toda a eficácia do negócio jurídico de direito das obrigações; o que não pode ter eficácia é o acordo de transmissão (não tem nenhuma), ou a tradição, por se tratar de coisa alheia. O que dispôs sob condição resolutiva não pode eficazmente vender para antes da resolução: seria ineficaz, de todo, tal ato de disposição. Bem assim, se alguém, herdeiro fiduciário, dispõe para depois de se dar a resoluçao, pelo advento do termo, ou da condição. Há corte no tempo: no tempo em que se espera a condição resolutiva, ou termo final, a favor do disponente, nenhuma eficácia tem o seu ato, — tem-na, toda, depois; no tempo em que pende a condição resolutiva contra o disponente, o ato de disposição tem toda eficácia, — não na tem, em absoluto, depois. Não se pode falar de ineficácia relativa, se

bem que se possa dizer que é temporalmente limitada (cf. E. Strohal, *Relative Unwírksamkeit,* 32). Também não se pode pensar em ineficácia relativa quando o outorgante de poder *(e.g.,* poder de representação) faz público que revoga a outorga em relação a algum, ou a alguns dos outorgados: então, há retirada da *vox* (revogação) saindo do mundo jurídico o negócio, pela insuficiência do suporte fático (menos voz). Dai faltar razão a L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, § 189, 514; cedo, A. von Tuhr, *Der Allgemeine TeU,* II, 330). Também os atos de disposição do falido, quanto aos bens da massa concursal, não são relativamente inieficazes: são atos que podem ser válidos, mas são totalmente inefiLcazes, isto é, quanto a quaisquer pessoas. Não tem ele o poder de dispor. As obrigações, que contrai, essas são válidas e eficazes,, se bem que não alcancem o patrimônio que foi a concurso. Dá-se o mesmo quanto às obrigações que lhe ficam em virtude da ineficácia relativa dos atos jurídicos mencionados no art. 52 do D‟ecreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, ou das revogações fundadas no art. 53 ou art. 99 do mesmo decreto.

Se o ato é anulável, ou revogável, ou resolúvel., ou resilível, ou rescindível, por provocação de alguma, ou algumas pessoas, não se deve pensar em ineficácia relativa. Ainda a respeito de tais pessoas é eficaz; razão por que se precisa da anulação, revogação, resolução, resilição, ou rescisão.

3.

Eficácia relativa resultante de revogação. A ineficácia relativa quanto a uma ou algumas pessoas pode derivar, diretamente, da lei, dizendo-se, então, ineficácia relativa *ex lege,* ou resultar de algum ato jurídico, inclusive sentença proferida em ação de revogação. Enquanto a sentença, na ação de revogação por ingratidão do donatário, é de eficácia absoluta contra o réu na ação, ou contra os réus na ação, a sentença que defere o

pedido de revogação falencial do ato jurídico do devedor em fraude dos credores somente irradia eficácia relativa, tornando ineficaz, relativamente àmassa, o ato jurídico do devedor, relativamente revogado. Conforme mostramos, na parte referente às nulidades e anulabilidades (Tomo IV), pensou-se na existência de decretação de

invalidades subjetivamente relativas, porém foi rechaçado tal conceito, por se não poder admitir que o ato jurídico passasse a ser nada, continuando de ser Muito diferente é o que se passa com as revogações. Nada têm elas com a validade do ato jurídico. O ato existe; e pode valer Apenas a lei permite que o figurante do ato jurídico ou outrem *(e.g.,* o síndico ou o credor, em caso de fraude contra credores, Decreto-Lei nº 7.661, art. 53, ou art. 99) retire a *voz,* ou altere a *voz,* de modo que se esbarronde todo o ato juridico, pela insuficiência do suporte fático, ou somente elemento do suporte fático se altere, com repercussão no plano da eficácia. Quando o credor pede que se decrete a revogação do ato jurídico do devedor, o seu pedido é de subtração do que, na manifestação de vontade do devedor, seria prejudicial aos credores. Tal alteração da *voz,* elemento volitivo do suporte fático, importa em que o ato jurídico se altere, de modo a não ter eficácia quanto à massa. Aí, a ineficácia relativa resulta da eficácia sentencial que assentou estar desconstituído, em virtude de revogação, o que, no ato jurídico do devedor, iria contra os credores. Na realidade, apenas ocorre alteração do suporte fático, que se reflete no mundo jurídico.

§ 532. Atos jurídicos ineficazes pré-falenciais

1.

Os *textos legais.* Diz o art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661: "Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: 1 — o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal da falência, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II — o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal da falência, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; 111 — a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes desse termo; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV — a prática de atos a titulo gratuito, salvo os referentes a objetos de valor inferior a Cr$ 1.000,00, desde dois anos antes da declaração da falência; V — a renúncia a herança ou a legado, até dois anos antes da declaração da falência; VI

—a restituição antecipada do dote ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contrato antenupcíaí; Vii — as inscrições de direitos reais, as transcríções de transferência de propriedade entre vivos por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizadas após a decretação do sequestro ou a declaração da falência, a menos que tenha havido prenotação anterior; a falta de inscrição do ônus real dá ao credor o direito de concorrer à massa como quirografário, e a falta da transcrição dá ao adquirente ação para haver o preço até onde bastar o que se apurar na venda do imóvel; VIII — a venda, ou transferência de estabelecimento comercial ou industrial, feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao falido bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, dentro de 30 dias, nenhuma oposição fizerem os credores àvenda ou transferência que lhes foi notificada; essa notificação será feita judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos." Todos são casos de ineficácia relativa.

inclusive o do art. 52, II, que se não confunde com o exercício do direito formativo gerador fundado no art.

1.586.

2.

Ineficácia relativa. A técnica legislativa acabou por frisar que os atos jurídicos praticados pelo devedor no período prefixado falencial (= dentro do termo legal da falência, art. 52, 1-111), ou nos tratos de tempo apontados pela lei (art. 52, 1V-Vil!), são *relativamente ineficazes,* e não anuláveis, nem nulos, nem revogáveis.

Passou a ser um dos casos típicos de ineficácia relativa (O. Gaze, *Die rechtliche Folge* der *Anjechtung im Konkurse,* 16; Kurt Alexander, *Der Begrifi der Unwirksamkeit,* 11). Toda confusão a respeito é de repelir-se energicamente.

Capítulo IV

Irradiação da Eficácia

§ 533. Começo da eficácia

1.

Atos jurídicos e *eficácia imediata ou mediata.* Os negócios jurídicos e os atos jurídicos stricto *sensu,* pois que são suportes fáticos entrados no mundo jurídico, satisfazem os requisitos (elementos) de suficiência. Se satisfizeram os elementos de validade (= eficiência), não há, neles, défice. A sua eficácia poderia começar desde já (eficácia imediata). É possível que *condicio iuris,* ou condição suspensiva, ou termo inicial, difira a irradiação total dos efeitos, ou de alguns deles (eficácia mediata). A eficácia não édiferida, se o promitente se obrigou a prestar imediatamente; assim, o contrato de venda e compra de bem imóvel à vista não é de eficácia diferida, posto que a transmissão dependa do registro.

2.

Eficácia jurídica, subjetivamente considerada. A eficácia também pode ser considerada no tocante aos figurantes e aos terceiros. Naturalmente, não podemos dizer que o contrato tem "força de lei" entre as partes, como fez o Código Civil italiano (ad, 1.372). Os efeitos entre os figurantes dos negócios jurídicos nada têm de efeitos *da lei.* A autonomia privada é branco que as regras jurídicas cogentes deixam; de modo nenhum a lei trata as manifestações de vontade, dentro desse branco, como regras de direito, ou como regras ditadas pelas pessoas para terem força de lei. As manifestações de vontade são, em verdade, ações (no sentido mais amplo): quem usa da autonomia da vontade fala sobre interesses próprios, sem obrigar aos outros, obrigando-se a si mesmo e só se obrigando a si mesmo. Por isso, nos negócios jurídicos bilaterais cada um promete, ou dá, sem que um ate a outro, *a fortiori* a terceiros. O negócio jurídico existe, mas só prende os figurantes; e a sua eficácia só se opera entre eles. Por vontade de

todos, pode vir a deixar de ser, isto é, a ser distratado, resolvido, resilido (não deixar de ter sido, o que seria revogarem-no os figurantes, e a revogação é excepcionalíssima; sem razão, E. Betti, *Teoria Generale deI* Negozio giuridico, 160, que aí fala de "revogar por mútuo consenso" *(?),* ao passo que o Código Civil italiano, art. 1.372, usa o termo próprio: non *puó essere sciolto,* quer dizer desligado, desprendido, *che per* mutuo consenso o *per cause* ammesse *dalla Iegge)*.

Sabemos qual a carga de eficácia das sentenças, classificadas pela preponderância dos elementos declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo. Vejamos qual a carga de eficácia dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu.* A limitação da eficácia dos negócios juridicos e dos atos jurídicos stricto sensu aos figurantes não exclui que a maioria deles seja de negócios jurídicos ou de atos jurídicos stricto sensu de natureza constitutiva. Cria cada um deles a relação jurídica, ou, pelo menos, dá entrada à relação no mundo jurídico. Por isso mesmo, a técnica legislativa chegou a um dos expedientes mais prestantes, O da *publicidade* para que os terceiros conheçam o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto* sensu, e os seus efeitos. Em verdade, a publicidade não dá aos efeitos do negócio jurídico ou do ato jurídico stricto sensu o ensejo de terem sido ou serem contra os terceiros; apenas permite a oponibilidade dos efeitos não só entre figurantes e *ex* nunc, com o fundamento de que es terceiros o conhecem ou devem conhecer. O negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* em si mesmo não se estendeu; o que se fez vista por todos foi a sua eficácia.

3.

Retroeficácia das ratificações. Desde que existe o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto* sensu, é suscetível de ser visto e tratado como fato jurídico pelos figurantes em novos negócios juridicos, ou atos juridicos *stricto* sensu, e não se extingue sem causa. Os negócios jurídicos sobre negócios jurídicos são negócios jurídicos *do segundo grau* ou *sobre* negócios *jurídicos.* A chamada confirmação do negócio jurídico nulo é novo negócio jurídico que parte do reconhecimento da nulidade do primeiro; a ratificação do negócio jurídico anulável, a que se refere o art. 148, não no é: a chamada ratificação do negócio jurídico pelo que devia assistir ao relativamente incapaz, e não lhe assistiu, é junção posterior do elemento de validade, que faltara, —

integra o negócio jurídico, enche-lhe a lacuna, obtura-lhe a falta que o

punha em risco de ser anulado; a complexidade subjetiva perfaz-se. Não há perfazimento da complexidade subjetiva se a ratificação é pelo que se tornou capaz, mas a sua eficácia é a mesma. Por isso mesmo, a ratificação tem retroeficácia, que, melhor analisada, só é retroeficácia em relação ao ato ratificante; o negócio jurídico tem a sua eficácia própria, o ato de ratificação apenas retira a espada de Dâmocles da ação de anulação. A eficácia da ratificação é, pois, negativa da ação de anulação. O negócio jurídico, se já começara a irradiar efeitos, continua de irradiá-los. A ratificação

apenas exclui que tenham de cessar, com a eficácia de sentença anulatória. A ratificação do negócio nulo, essa, sim, teria eficácia *ex* tunc: o negócio não podia produzir efeitos e passada a produzi-los. Mas o negócio jurídico nulo é irratificável. A única ratificação verdadeiramente retroeficaz é a do dono do negócio, em caso de gestão de negócios alheios.

§ 534. Vicissitudes da relação jurídica

1.

Quietude ou adormecimento da relação jurídica. A relação jurídica pode apresentar estados de parálise (ou quietude, ou adormecimento), como se a propriedade da coisa, que se incorporou ao edifício de outrem, não pode ser reivindicada, enquanto não se desfaz a causa da paralisação (despertar). A revogação do testamento posterior tem a consequência de tornar "irrevogado" o testamento anterior, se não foi esse inutilizado materialmente (regra jurídica, no direito brasileiro, interpretativa, cf. nosso *Tratado dos Testamentos,* V, 33).

Pode a relação jurídica entrar em estado de atividade; *e.g.,* se ocorre mora do devedor. As condições, os termos e os prazos fazem as relações jurídicas apresentarem certas diferenças de eficácia através do tempo. Por outro lado, o suporte fálico pode ter certa entrada no mundo jurídico, *antes* de se formar a relação juridica, ou, até, o negócio jurídico; então, tal eficácia é, verdadeiramente, *antecipada.* A sucessividade pode ser anterior à relação juridica e pode ser anterior

ao negócio juridico. Surge, assim, o problema de se saber como se há de conceber a eficácia pré-negocial. Se A oferta a B *e* B está ausente, a oferta é, até certo tempo, vinculativa (art.

1.081, 11-1V). Ou se tem a oferta como negócio juridico em si e por si, com o que se pode formar o negócio proposto; *ou* se tem de classificar a oferta como ato juridico não-negocial. O assunto tem algo de comum com a servidão que uai *sendo* constituída em seu suporte fático de negócio jurídico pelos condôminos, de um em um, até que o último a conceda (arts. 633 e 695); todavia, enquanto, no tocante à oferta, há direção do oferente ao que terá de aceitar ou não, no tocante à servidão sobre o bem imóvel comum já se perfizeram negócios jurídicos bilaterais, de cuja soma sairá o negócio jurídico real.

2.

Elemento fático posterior à relação jurídica. A sucessividade posterior à relação jurídica quase sempre só diz respeito à eficácia. A relação jurídica já se formou: falta a *condício* Jacti, ou a *condicio* luris; ou falta o assentimento ou consentimento (e.g., ratificação) de outrem. Há incerteza, apesar dc o negócio jurídico *já ser.*

O fato ulterior tem a função de certeza. A espada de Dâmocles pende. A certeza favorável ao negócio jurídico pode dar-lhe efeitos desde que se concluiu. Fala-se, então, de retroatividade, mas temos de repelir o termo. Se há essa pretendida retroatividade, em verdade o negócio juridico já surtira efeitos, que ora se confirmam.

Quanto aos próprios atos jurídicos anuláveis, não há retroatividade: atinge-se, no passado, o *ser,* desconstitul-se; por isso, a eficácia é destruída *ex tunc.*

É indiferente definir-se o fato jurídico como o fato ou suporte fático que entrou no mundo jurídico, ou como fato ou suporte fálico que se qualificou, ou classificou como fato juridico, ou como fato ou suporte fático que adquiriu re~.evância juridica, de modo a mudar algo no mundo, configurando situações novas. A eficácia que se liga ao fato jurídico, ou porque ele constitua, ou porque modifique, ou porque extinga situações, é o que se *prevê* como posteridade do fato, no tocante a situações existentes ao tempo dele. Todavia, errariamos se pensássemos que o direito se conforma com a *determinação de* eficácia do presente para o futuro. Casos há em que ele a concebe como

irradiação que apanha parte do passado, do presente e do futuro, ou só do passado.

§ 535. Retroeficácia

1. *Teorias explicadoras.* Para explicar a retroatividade (= retroeficácia) algumas teorias apareceram. o) A *teoria da* ficção enunciou: se o suporte fático compõe-se de dois ou mais fatos, dos quais o último tem efeito retroativo, trata-se de ficção, pois tudo se passa como se o último fato se houvesse produzido antes; no trato de tempo da suspensão, porque ainda não se sabe se o fato ocorrerá, há incerteza; se está em causa resolutividade, e não simples resilição, tudo se passa como se nada se houvesse produzido antes. *b)* A *teoria da declaratiuidade* (H. Fitting, *Uber den Begriff der Rúckziehung,* 119 s.) considera o lapso de suspensão, ou de resolutividade, como estado jurídico incerto, de modo que o fato último corta essa incerteza, declarando *(?)* o

efeito que se produzira. A confusão entre *ser* e *declarar ser* salta aos olhos: a incerteza objetiva não pode ser declarada por fato posterior; o fato último, ao produzir-se, não espana dúvida, — integra o suporte fático.

2.

Crítica dos teorias e *explicação científica.* Nenhuma das duas teorias satisfaz. Nada há que obrigue a não se admitir a eficácia do fato jurídico, no passado, como normal. E tão normal como a eficácia a partir de agora.

Demais, argumentos que se levantaram a favor da teoria da ficção confundem retroatividade da lei e retroatividade da eficácia dos fatos jurídicos *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Allgemeine TeU,* 11, 24). A retroatividade da lei é retroatividade da *incidência* da lei e, pois, não só da eficácia. A retroatividade, tratando-se de fatos jurídicos, é só de eficácia, e não de ser do fato jurídico. Ou houve o fato a e o fato *b,*

esperando-se o fato *c,* para que, integrado o suporte fático a + *b* + c, o fato jurídico seja no momento a, ou no momento *b,* ou para que o fato jurídico tenha eficácia desde o momento a, ou desde o momento b; ou houve o fato a e o fato 3,, esperando-se o fato c, para que, roto o suporte fático a + *b,* o fato jurídico *deixe de ter* sido como se esperava no momento a, ou no momento *b,* ou *deixe de ter tido eficácia.*

3.

Instantaneidade da eficácia no passado. Enquanto a eficácia do fato jurídico, no futuro, é à medida que o tempo corre, a eficácia no passado é *instantânea.* E indiferente dizer-se que ela se opera até o momento a do passado, ou *desde* o momento a; porém a causalidade retoma a sua importância quando há encadeamento causal fático que se deva respeitar: a eficácia é instantânea; não no é a aparição dos fatos. Esses têm o seu tempo e lugar, embora sobre eles se estenda, instantaneamente, a eficácia do fato jurídico. Assim, direitos que, devido a ela, nasceram, nascem com a sua data e lugar, ao longo do trato de tempo que a eficácia cobriu instantaneamente.

4.

Extensão da eficácia no *passado.* A eficácia do fato jurídico no passado nem sempre tem a mesma extensão que a sua eficácia no presente e no futuro. O legislador, admitindo-a, contra a ordinariedade da eficácia, limita-a.

Só a regra jurídica, e nunca os manifestantes de vontade, pode estabelecer eficácia no passado, salvo se a lei o permite àautonomia privada. Outra coisa é garantir, um a outro, que cedo fato se deu, ou não se deu. A própria antedata só opera quanto ao conteúdo da declaração de vontade; e não quanto à data. Tratando-se de crédito, nasceu ele no dia em que se contratou, e não na data fictícia que se após. O conteúdo, porém, alargou-se, e os juros, se haviam de correr da data fictícia, são devidos, a contar dela, *desde* a data verdadeira.

5.

Fatos jurídicos *e retroeficácia.* Os fatos jurídicos são, de regra, incólumes à retroeficácia. A existência deles (= a sua juridicização), os pressupostos materiais e formais, subjetivos e objetivos de validade,

a conversão e a convalescença regem-se pelo direito antigo *(Tem pus regit actuni)*. Os direitos reais são os do momento em que se constituíram. O conteúdo do direito real e o da posse sao regulados pela lei nova; salvo o que concerne aos direitos reais de garantia, por sua dependência. Quanto às obrigações, — não éretroeficácia: a) determinar-se a taxa de juros moratórios pela lei nova: o suporte fático da regra jurídica está no tempo dessa regra jurídica; *b)* submeter-se à lei nova a cessão de dívidas e de créditos: tudo se passa no presente; *c)* ser a lei nova que rege a compensação não-operada, o depósito judicial etc.

A capacidade de direito e a capacidade civil (negocial e delitual) são regidas pela lei nova. Se alguma incapacidade relativa desapareceu, segundo a lei antiga, não ressurge, salvo se proveniente de estado psíquico ou jurídico, que se verifique depois. As relações entre os cónjuges, ex *lege,* são regidas pela lei nova; bem assim a dissolução da sociedade conjugal ou do vinculo (divórcio). As relações patrimoniais são imodificáveis.

A filiação e a paternidade são sujeitas à lei nova, salvo se já reconhecidas, voluntária ou forçadamente, antes da lei nova. A tutela e a curatela são do domínio da lei nova; porém vale a nomeação de tutor feita em testamento de pessoa que faleceu antes da lei nova. Quanto àprescrição, a lei nova não apanha a que aconteceu. Bem assim, quanto à usucapião. Se a prescrição ou a usucapião ainda não se deu, é a lei nova que rege aquela, ou essa; exceto se há regra jurídica como a que havia no art. 1.048, 2º parte, do Código de Processo Civil de 1939: "... os (prazos) de remessa e preparo dos feitos obedecerão, todavia, ao que dispuser este Código e do dia da sua entrada em vigor se contarão, salvo se o tempo decorrido for de mais de metade".

Os direitos, os deveres, as pretensões, as obrigações e as exceções nascem como efeitos dos fatos jurídicos. Tais efeitos são produzidos no mundo jurídico, — nele, tais efeitos são. Em princípio, o legislador pode estabelecer que ainda no passado deixem de ter sido, isto é, se considerem como se não tivessem existido. Para se evitar

essa faculdade, esse poder de vadear na dimensão do tempo, reversivamente, é que as Constituições formulam regras jurídicas que

dêem limites a tal remontar desabusado. No tocante às pessoas, não; o direito, o dever, a pretensão, a obrigação, a ação ou a exceção, que derivou de ato jurídico de A, ou de A e B, pode, muitas vezes, extinguir-se por ato de A, ou de A e — porém não deixar de ter sido. Tratar-se como *se* não tivesse sido é diferente, porque, com isso, só se estabelece que se lhe eliminaram os efeitos por modo tal que tudo seja como se não tivesse sido. Se A, que emprestava sem juros a B, obtém que B lhe pague juros, ou que lhos prometa, ou há novação ou doação de B a A, ainda que os juros tenham de partir da data do mútuo (sem razão, P.Oertmann, *Entgeltliche Geschâfte,* 104).

6.

Retroatividade e *declara tividade.* A confusão entre retroatividade, ou, melhor, retroeficácia e declaratividade foi grave na doutrina francesa. O enunciado de existência necessariamente se refere a fato, que existiu, existe, ou vai existir; portanto, a algum momento, ou trato de tempo. O julgamento sobre ter existido, ou existir "desde", necessariamente alude a momento do passado, em que foi, ou começou de ser. Não há nenhuma retroeficácia. Por outro lado, procurou-se criar a classe dos atos declarativos por determinação da lei, para se explicar a retroeficácia de certos atos e decisões cuja eficácia era ou é *ex tunc.* Abusou-se também do termo "revelar", inclusive aludindo-se à revelação de chapas fotográficas. A declaração não revela; a declaração não se identifica com o declarado: é *sobre* o declarado. Enuncia-se que há, ou não há: o ser da proposição nada tem com o ser do que se declara. A operação de revelação é na chapa; a de declaração é *por sobre* a *chapa:* nada cria, que a si mesma; nada acrescenta ao que era, ou e. Por isso mesmo, a imagem de E Voirin, em C.

Beudant (Cours, IV, 702 s.) é imprestável: "il est fait spécialement dans le dessem de réveler un droit latent antérieur"; não se trata de direito latente, mas de direito que é, simplesmente. Mais ainda no tocante à revelação, no sentido de revelação de placas fotográficas, o que se está, erroneamente, levianamente, a repetir

§ 536. Eficácia total e eficácia não-total

1.

Efeitos iniciais) não-totais. As vezes, a insuficiência ou deficiência do suporte fático deixa formar-se o fato jurídico e permite certa eficácia que não é a eficácia total. Tal estado não pode ser definido como se fosse uno e único, mesmo porque depende do quanto de eficácia que, sem ser total, se permite. Os juristas têm recorrido a expressões várias: esperanças, expectativas, vinculações da vontade, situações jurídicas, direitos expectativos, estados de pendência, direitos não-vencidos; porém seria errôneo adotar-se um só nome sendo muitas as espécies.

2.

Análise *das espécies.* Composto o suporte fático, que a regra jurídica fez necessário e suficiente para o fato jurídico e, pois, para o nascimento do direito, nasce o direito. De ordinário, se os elementos do suporte fático não são simultâneos, nenhum efeito jurídico se tem, enquanto não se integra, isto é, enquanto não ocorrem todos os elementos: ou a regra jurídica não incidiu, não fez jurídico o fato complexo incompletado, ou incidiu e apenas deixou pendente a eficácia. O testamento dá exemplo de suporte fático necessário e suficiente à existência do fato jurídico, posto que insuficiente à eficácia: a morte é que, integrando o suporte fático para a eficácia, o faz eficaz.

a) Se o suporte fático é suficiente para a formação da relação jurídica, a suspensão só diz respeito à pretensão ou à ação, não ao direito mesmo. Quem, A, deve a B quantia, que há de pagar a 15 de março, já "deve": já está na relação jurídica A *R* B. O direito subjetivo já existe; a 15 de março, vence-se o prazo: a pretensão nasce; e ação, se A não pagar (Praesens *obliga tio, in* diem autem *dilata solutio).*

No caso de dívida alternativa, diz-se que o efeito é retroativo:

há estado de incerteza quanto ao objeto, incerteza que só a escolha faz desaparecer; uma das prestações é devida; escolhida uma, ela, e não a outra, era devida. Toda noção de retroatividade, de que se lance mão, é impertinente. O estado "ou a ou *b"* de modo

nenhum justifica que se considere o efeito da escolha como retroativo: retroação é ação para trás, negando-se o que estava; a escolha de a

não nega "ou a ou *b*".

557

b) Se o suporte fático não é suficiente para a formação da relação jurídica, a suspensão diz respeito a essa: a relação jurídica mesma talvez nunca se produza. Ou o direito exige a completitude do suporte fático, de modo que, sem o último elemento, nada se produz no mundo jurídico; ou tem o suporte fático sem o último elemento como suficiente para se aguardar a esse. A aparição desse não é declaratória, é integrativa do suporte fático. E a técnica das antecipações: se B, houve A; se não-B, não houve A. A incerteza objetiva sugeriu que se contasse com o acontecimento como certo; se falha, nada se fez. Os fatos de hoje não podem depender do futuro; mas o direito pode muito bem antecipar a relação jurídica, aguardando-se a integração do suporte fático *(e.g.,* tratar o nascituro como se nascido estivesse à morte do pai); e ter como se não tivesse existido, se falha a integração.

Aqui, duas correntes chocaram-se: a que não vê qualquer dificuldade, para o direito (que se passa no mundo dos pensamentos), em que se tenha como não tendo existido o direito que se vinha tendo como existente; a de K.

Hellwig *(Grenzen der Rúckwirkung,* 25 s.) e outros, para quem não se pode conceber o direito como incerto e existente para o caso de acontecer o que integraria o suporte fático. Terceira teoria: a incerteza não é a respeito do direito; é a respeito de vingar: o direito existe; e a falta da integração o destrói, desde as raízes.

Diante da imprevisibilidade do mundo, o homem, tentando regrar a vida, tem de organizá-la para o caso futuro a e para o caso futuro não-a: a incerteza objetiva obriga-o a estabelecer o jurídico de hoje para o caso futuro a, pondo-o de lado, se ocorrer não-a. Não há ficção, nem fato declarativo. Há integração, com antecipação. O

direito interessou-se pelo estado de incompletitude.

c) Se o elemento ou elementos do suporte fático são insuficientes para a *existência* da relação jurídica, mas, completado o suporte fático, tudo se entende como se estivesse satisfeito ah initio, há situação intermédia que não deixa de ser jurídica; *e.g.,* morto A, se os filhos

renunciam à herança, — *desde* a morte a propriedade e a posse passaram aos netos. ~Supressão da herança aos filhos, em virtude de retroação do fato posterior, ou falta de integração do suporte fático, que aí seria por elemento negativo (não renunciar)? Não há supressão; há incompletitude que se tornou definitiva pela renúncia. O insuficiente, completável, ou se completa, ou se torna insuficiente definitivo.

A incerteza objetiva do herdeiro, no caso do nascituro, não permite que se pense em retroatividade se o nascimento com vida não ocorre. O acontecimento não tem efeito declarativo, nem constitutivo, mas integrativo: apenas um elemento, que pode advir, é posterior aos outros. Essa posterioridade se explica por ser integrativo, porém não é o mais importante: o mais importante éa morte do decujo; o elemento, por parte do sucessor é *ser vivo,* na vida de relações, e o nascituro é vivo, porém ainda não está na vida de relações. Há o elemento morte e parte do outro elemento (ser vivo), faltando apenas elemento integrativo desse. Se não nasce com vida, outrem é o herdeiro: esse ou está na mesma situação de nascituro, ou, de sua parte, todos os elementos estavam completos, inclusive o fato de nascer com vida, o que já se dera. O elemento nascer sem vida ali exclui a um; e outrem se apresenta. O nascer com vida completaria; tornou-se definitiva a incompletitude.

Se o estado ou situação é a) definitivo e, depois, se suprime, ou se é *b)* provisional e, depois, se completa, depende do exame, a *posteriori.* Assim, nem tinham razão os que, como K. Hellwig *(Grenzen der Rfickwirkung,* 6 s.) e E. 1. Bekker (System, II, 309) adotaram *a),* nem os que adotaram *b),* como L. Enneccerus e Hans CarI Nipperdey *(Lehrbuch,* 1, § 75, III e nota 9).

d) Se o elemento ou elementos do suporte fático são deficientes (= não bastante para a *validade* do ato jurídico), ou é possível completar-se (anulabilidade), ou não. No primeiro caso, o elemento que falta é preenchido por vontade posterior (ratificação), ou pelo tempo (prescrição da pretensão à anulação), ou outra causa de extinção da ação de anulação. No segundo, o ato éjurídico mas nulo: entrou no mundo do direito sem poder entrar. O ato juridicamente inexistente não entra no mundo do direito.

Mal afeitos ao trato dos problemas típicos da ineficácia, alguns juristas (e.g., N. Coviello, *Manuale,* 1, § 110; E

Carnelutti, *Sistema di Diritto processuale civile,* 1, 66 e 488) tentaram, errada-mente, reduzir o conceito de anulabilidade a espécie inclusa no conceito de ineficácia.

A entrada do herdeiro, porque o anteriormente chamado renunciou, não é ligada à retroatividade, nem à ficção: é apenas a integração de suporte fático, no lugar que caberia a outro suporte fático que se não integrou. A noção de retroatividade é impertinente. Nos negócios jurídicos anuláveis, ou rescindíveis, há retroatividade, porque há desconstituição, o que de modo nenhum se dá no caso do herdeiro que repudia.

557

e) Se o suporte fático é suficiente para a existência da relação jurídica, mas o fato jurídico, dele surgido, há de ser aumentado de outros elementos, para que se tenha o suporte fático criador, modificador ou extintor de outra relação jurídica, então há, no presente, direito *expectativo,* degrau fático para outro direito: direito do destinatário, na transmissão sob condição suspensiva; ou direito do alienante, na transmissão sob condição resolutiva.

f) O mesmo suporte fático pode ser suporte de duas ou mais regras jurídicas; porém não de duas ou mais incidências da mesma regra jurídica. Aqueles juristas que afirmam que o mesmo suporte fático determina a investidura de duas ou mais pessoas em direitos idênticos desatendem a que há sempre, para isso, junto ao cerne do suporte fático, que é comum (a morte do decujo, o acidente da estrada de ferro), o fato diferenciante (ser B, filho de A, não é o mesmo fato que ser C, filho de A; nem ter sido morto A e ter sido morto ou ferido B é o mesmo fato).

§ 537. Suporte fático de formação sucessiva

1.

Degraus até a *produção do e/eito (direito, pretensão,* ação, *ou exceção).*

Por vezes *algo* falta para que se adquira o direito, a pretensão, a ação e a exceção. Sobe-se, degrau a degrau, até o direito, a pretensão, a ação ou a exceção. Naturalmente, mais degraus necessários se sobem, mais próximos de obtermos o direito, a pretensão, a ação ou a exceção estamos. Todavia, aqui, há diferença a que se há de atender: ou o que falta só depende da vontade do futuro titular, ou não depende somente dela. Mais: o que falta só depende da vontade do futuro titu]ar, como fato, ou como exercício de direito. Se depende da vontade dele, exercendo o direito, é que há, no percurso entre os primeiros ou primeiro fato e o que faz surgir o direito, pretensão, ação ou exceção, *direito* que se exerce, — *direito* dito, por isso, *formativo.* O exercício contém o fato que fez surgir o direito, é mesmo esse fato suscitador. Se o fato suscitador não depende da vontade, — ou consiste em acontecimento puro (morte, maioridade, queda de árvore, advento de dia), ou em ato de terceiro, ou de quorum em que o futuro titu lar seja apenas um dos votos.

2. Falsos *efeitos jurídicos;* confusão *entre mundo* jurídico *e mundo fático.* a) O *direito de apropriação,* concebido como direito formativo, supõe nada menos do que espécie de regra jurídica R que diga "Se a a respeito de *b,* então pode apropriar-se de *b";* dessa regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, em que dois elementos são a e *b,* surgiria fato jurídico, de que é efeito o direito formativo de apropriação. Está no mesmo plano a aceitação da oferta; como está a ratificação do negócio jurídico concluído sem poderes. Há argumentos contra a existência dessa regra jurídica R a respeito da ocupação; portanto contra o direito formativo a apropriar-se do bem adéspota *(aliter,* a ratificar-se o negócio jurídico). Um deles é o de que, se assim fosse, se teria de admitir que antes de qualquer aquisição originária estaria a regra jurídica R. Quanto à aceitação da oferta, não: a oferta criou direito a aceitar.

b) Outra pode ser a concepção se se nega a existência da relação jurídica R. Quem ocupa pratica ato puro, antecedência jurídica: fato jurídico, somente o há com a ocupação; nenhum direito há, antes, a que se possa chamar direito de apropriação. Tal conceito seria, não só supérfluo, inadequado ao que realmente se passa no mundo jurídico. Não existe, portanto, nenhum direito das pessoas para se criarem a si direitos reais, originariamente. Salvo se há direito formativo gerador, como o de apropriar-se dos frutos o locatário.

c) O problema não é tão simples como tem parecido aos juristas. Ou *a)* se postula que há a regra jurídica R, portanto que a *res nuilius* não é indiferente ao direito (= a respeito dela o sistema jurídico possui regra jurídica R, do que sai o direito formativo à apropriação pelo que primeiro o exercer, direito formativo a sujeito ativo total, como a propriedade é direito formado a sujeito passivo total); ou *b)* que tal regra jurídica não existe (= o ato de apropriação é integrativo do suporte fático da ocupação, sem se poder ver, antes disso, qualquer relação jurídica a respeito da coisa adéspota). Não se pode permanecer no mundo jurídico com idéias confusas a propósito do que verdadeiramente se passa, sob pena de se incorrer em graves contradições, uma vez que a) nega 1,) e vice-versa. E, portanto, essencial dar-se resposta cabal ao problema; sem ela não se veria claro na sistemática dos modos de aquisição originária da propriedade, nem em tantos outros setores da aquisição originária de direitos.

557

3. *Poder fático e poder* jurídico. O poder pode ser *fático,* e pode ser *jurídico.* O poder jurídico é o efeito de fato jurídico; o poder fálico é o arbítrio. Certo, quando me sento para jantar ou não me sento, uso de meu arbítrio; ainda dele faço uso se levo aos jornais declaração unilateral de vontade pela qual prometo *x* a quem encontrar o relógio que perdi. No dia seguinte, a despeito dessa voz, que inseri nos jornais, posso, enquanto ninguém o achou, revogá-la: continuo no plano fático, que é aquele mesmo plano de quem encontrou terreno não-cercado, e lá entrou, ou lá armou barraca, sem oposição. Tudo isso não é poder jurídico, é poder fático. Os poderes jurídicos enchem os direitos subjetivos. Já aqui o ordenamento jurídico deu ao homem o praticar ou não praticar o ato, como poder juridico. A revogação da oferta de contrato éato em virtude de poder fático, porque retira elemento do suporte fático (a declaração de vontade *desde esse momento).*

4. Conceito *de poder* jurídico. O poder jurídico, a faculdade *(facultas),* é efeito jurídico; já se precisa de espaço jurídico em que ela exista e se exerça. Muito diferente é o poder fático, que independe daquele, posto que dele (e.g., posse), ou de seu exercício se faça, por vezes, suporte fático. Quem declara vontade, quem manifesta vontade, quem pratica ato puro (respirar, por exemplo), só por isso não exerce poder jurídico. Poder jurídico exerce, porém, o que no território de algum Estado

caça, invocando a lei permissiva, ou o negócio jurídico que lho conferiu. Ou quem aceita oferta.

Diante da coisa móvel sem-dono, pode a pessoa apoderar-se dela (poder fático) e a regra jurídica tem-no, desde esse momento, como dono. Não há dúvida que assim se cria o direito; porém alguns autores falam do direito à apropriação (ou de apropriação, *Aneignungsrecht),* que consistiria, por exemplo, na ocupação. Tal direito não existe. A ocupação de bens móveis sem dono não tem, atrás de si, nenhum direito, do qual o ocupar seja exercício. Trata-se, apenas, de poder fático, de que resulta aquisição, que só pressupõe a capacidade de direito e a falta de dono da bem móvel. A ocupação é ato de poder fático, que não dá ensejo a negócio jurídico, nem é, a *fortiori,* declaração de vontade; a sua entrada no mundo jurídico é que a faz ato-fato jurídico, gerador de direito de propriedade. O ato de poder fático estabelece relação (física e social) entre o ocupante e as outras pessoas, relação que, com a incidência da regra jurídica, se faz relação jurídica.

O que aceita a oferta já conta com o não poder o oferente, se ainda não revogou a oferta, ou se não na pode revogar, por estar dentro do prazo a aceitação, se livrar da vinculação.

Capitulo V

Determinações mexas e Determinações Anexas

§ 538. Conceito de determinações Inexas

1. *Termos e condições.* Os termos e as condições referem-se àeficácia; uns e outros determinam quando há de começar ou quando há de acabar algum efeito, ou quando hão de começar ou de acabar alguns ou todos os efeitos dos atos jurídicos, menos um ou mais. Somente atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos são suscetíveis de termos e de condições. Não se atermam, nem se condicionam fatos jurídicos *stricto sensu,* nem atos ilícitos, nem atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. Portanto, a matéria dos termos e condições há de ser

tratada na Parte Geral, quando se cogita da eficácia dos atos jurídicos, e foi essa a atitude do legislador brasileiro.

Termos e condições são determinações necessariamente insertas nos atos jurídicos; são neles, *in-nexam,* porque de dentro deles lhes traçam, no tempo, limite de eficácia; não se ligam a eles, não se lhes anexam; são, por isso, ditas *determinações* mexas. O nexo é interno, e não externo.

2. *Tempo e eficácia.* Termos e condições determinam no tempo. Se se pudesse conceber o termo ou a condição que concernisse à existência do ato jurídico, o que praticasse o ato jurídico poderia estabelecer: "no dia tal, ou se ocorrer o fato tal, a promessa de recompensa, que agora faço, não terá sido feita"; ou "determinamos que, ao morrer A, ou se A se casar com B, a venda e compra que neste ato concluímos, não terá sido". O direito não

suporta tal invasão no tempo e no mundo dos fatos, para se ir ao passado e tornar não sido o que foi. Se algum manifestante de vontade diz isso, há-se de entender que apenas se referiu ao plano da eficácia:

"no dia tal, ou se ocorrer o fato tal, a promessa de recompensa, que agora faço, não terá qualquer eficácia" (=

"ficará totalmente sem efeito"); "determinamos que, ao morrer A, ou se A se casar com B, a venda e compra, que neste ato concluímos, não terá eficácia" (= "ficará sem efeito"). Assim, em toda a exposição que se segue somente aludiremos ao plano da eficácia. Erraríamos se cogitássemos de outro.

§ 539. Direito, condição e termo: o plano em que ocorrem

1. Nascimento *dos direitos.* Direito há quando ocorrem todos os elementos do suporte fático, que a incidência da regra jurídica torna *fato jurídico* e, na irradiação de eficácia desse, está preestabelecido que nasça. O suporte fático só o é da regra jurídica; o fato jurídico resulta da incidência dessa naquele, de modo que o direito é *posterius.* Muitos erros advieram, na doutrina, de não se haver prestado toda a atenção a isso. Há requisitos para que o direito nasça, mas esses requisitos já se têm de enumerar no plano da eficácia do fato jurídico; remotamente, mas só remotamente, os requisitos (elementos) do suporte fático e os da própria regra jurídica são requisitos do direito. Se a justiça decreta a inconstitucionalidade da regra jurídica, não houve regra jurídica que incidisse, — não houve, portanto, fato jurídico; não havendo fato jurídico, não houve, nem há, eficácia, nem, portanto, direito, que é *efeito.* Por outro lado, uma vez que se não juntam, de uma vez, todos os requisitos do direito (pressupostos para o seu nascimento), é possível que *pouco* falte para que ele surja; e os sistemas juridicos soem atender ao estado *anterior* ao nascimento do direito mas posterior à junção de certos elementos.

O que se disse quanto aos direitos também se entende com as pretensões, ações e exceções.

Ás vezes, os direitos sofrem modificações, como se o crédito hipotecário *c* passa ao grau *b,* ou a, pela extinção do crédito hipotecário *b,* ou dos créditos *b* e c, ou se ocorre prescrição (encobrimento da eficácia pela prescrição da pretensão), ou se cai do grau, em que se achava, na escala dos créditos hipotecários. A mudança de titular ou sujeito, quer do direito, quer do dever, quer da pretensão, quer da obrigação, quer da situação de autor, quer da situação de acionado (ou acionável), quer da exceção, quer da eficácia encoberta, acarreta modificação do direito. Outrossim, o aumento ou diminuição dos titulares ou sujeitos. Está-se no plano da eficácia e o legislador pode estabelecer, dentro das regras de competência, o que entenda. Nem toda mudança de pessoa importa em não-identidade (sem razão, J. E. Kuntze, *Die Obligatíon und die Singularsuccession,* §§ 15 s., J. G.

Mansbach, *Der Niessbrauch an Forderungen,* 14, E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Cru ndbegriffe,* II, 94; com razão, A. Exner, *Die Lehre* vom *Rechtserwerb durch Tradition,* 1, nota 2, E. Zitelmann, *lrrtum tind Rechtsgeschãft,* 468, E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 443). A mudança de *termos* só atinge a identidade da relação de que resulta o

direito, não a relação-efeito que serve à descrição do direito.

2. *Suporte fático,* ato jurídico *e eficácia.* É erro, por se pular nada menos que o fato jurídico mesmo, dizer-se que o suporte fático é o conjunto de pressupostos para que nasça o direito. Entre o suporte fático e toda eficácia jurídica está o fato jurídico; não há relação lógica de fundamento a consequência imediata (de causação) entre o suporte fático e o efeito, porque há o elemento regra jurídica, sem cuja incidência o suporte fático não entraria no mundo jurídico, e a eficácia jurídica só se produz, depois, no mundo jurídico. *A própria retroeficácia é dentro do mundo jurídico.* E ponto, esse, de toda a importância. A eficácia para trás, no tempo, ou desde atrás, não vai ao suporte fático, que estava e está no mundo fático; remonta na dimensão do tempo, porém dentro do mundo jurídico, no plano da eficácia que — por se tratar de plano construído pelo pensamento — pode ir aquém do ponto em que começa, no plano da existência, o fato jurídico.

No tempo, não há nenhuma dependência entre a existência do fato jurídico e a da sua eficácia. A própria ligação da eficácia à exigência de existir e não ser nulo o ato jurídico resulta, a c *ontrario* sensu, de regra geral sobre os atos jurídicos nulos. O existir é necessário para ser eficaz; mas a eficácia pode ser tida como começada antes da existência. No direito romano, regeu o *princípio do* co-início, quanto a atos entre vivos; existir e *ser eficaz* eram no mesmo momento, tratando-se de atos entre vivos, de modo que não seria possível regra jurídica como a do art. 6º, 1, da Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937 (penhor agrícola de colheita em via de formação).

A esse respeito, fora dai, não se pode construir o direito de penhor como perfeito, se o credor não tomou posse da coisa penhorada, ainda quando a tenha da coisa, se penhorados hão de ser os frutos pendentes, ou ainda por virem: partes integrantes não separadas, o direito real somente nasce quando se dá a separação, com a posse

simultânea, ou anterior, ou quando se dá a posse, se, ao se separarem os frutos, não na tinha o credor (R

Oertmann, Die Pfändung stehender Frtichte, *Zeitschrift fdr deutschen*

Zivilprozess, 41, 1 5.; também L. Stein, *Grundfragen der Zwangsuollstreckung,* 35 s.).

3. *Pressupostos da eficácia.* Há pressupostos ou requisitos para a irradiação do efeito que não são pressupostos (requisitos, elementos) do suporte fático. Portanto, já ocorreu a entrada desse no mundo jurídico, como fato jurídico; apenas falta algum elemento fático, para que, fora de qualquer referência à existência (ou existência e validade) do fato jurídico, se expanda o efeito. Tudo se passa, portanto, no plano da eficácia, posto que o elemento para a detonação seja fático. O testamento existe e vale antes de morrer o testador; é negócio jurídico perfeito. A morte não é elemento do suporte fático, de que sai, com a incidência das regras jurídicas sobre testamento, o negócio jurídico do testamento, o fato jurídico. O testamento, antes da morte do testador, já está no mundo jurídico (plano da existência e, possivelmente, plano da validade). Ainda não se está no plano da eficácia. A morte do testador influi como fato que entra no mundo jurídico como fato jurídico *stricto* sensu; mas, no tocante ao testamento, que já existe como fato jurídico, apenas lhe faz irradiar eficácia. A morte do testador não é elemento do suporte fático do testamento: é suporte fático de fato jurídico, que, no plano da eficácia, suscita a eficácia do testamento: a morte é, aí, *condicio luris,* que só diz respeito àirradiação de efeitos.

Quando se está diante de fato, com cuja ocorrência coincida o começo de eficácia, é da maior importância apurar-se se faz parte do suporte fático do fato jurídico, de que se irradia a eficácia, ou se apenas suscita o começo dessa. Os juristas, por insuficiência de rigor lógico, deixam de precisar a que plano se refere o termo, ou a condição, — se ao plano da existência, ou ao plano da eficácia. Se ao plano da existência, não há fato jurídico *antes* de se atingir o termo, ou de se dar a condição; se ao plano da eficácia, o fato jurídico ocorreu, e o termo ou a condição suspensiva apenas diz respeito ao começo dos efeitos. Ora, toda condição e todo termo é concernente ao plano da eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos. De modo nenhum se referem à existência do ato jurídico stricto sensu ou à existência do negócio jurídico. Dai é que se há de partir.

§ 540. Termos e condições

1. Conceito *de termo e conceito de* condição. Todas as determinações de termo ou de condição protraem a eficácia do ato jurídico, a colocam em momento futuro, ou em momento futuro colocam a cessação ou o apagamento da eficácia que houw. Quanto aos atos-fatos jurídicos e aos fatos jurídicos, só a regra jurídica pode determinar esse protraimento; por conseguinte, neles não há, nem pode haver, termo ou condição, em sentido próprio.

Termos e condições são determinações temporais, mexas. mexam-se à manifestação de vontade, para que o efeito ou os efeitos dos atos jurídicos somente se dêem, a começar-se de termo inicial, ou somente durem até que acontecimento futuro e certo se dê (termo final), ou para que o efeito ou os efeitos dos atos jurídicos somente comecem a partir-se de acontecimento futuro e incerto (condição suspensiva), ou durem até que o acontecimento futuro e incerto se dê (condição resolutiva). A eficácia do termo ou da condição pode, além disso, ir ao passado.

As condições e os termos não são manifestações anexas de vontade, como o *modus;* são mexas. O nexo, que entre elas e o ato jurídico existe, é interior, íntimo. Não são conexas, nem anexas. A conexidade torna em relação as manifestações de vontade, mas sem se dar a inserção de uma na outra, o que a inexão supõe.

A 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de novembro de 1944 *(RT* 158/198), achou que a cláusula de ser o pagamento à medida que as mercadorias fossem entregues ao vendedor não é condição, e sim termo. Observou-se, porém, que pode não ter havido venda e compra a termo, mas simples ajuste de preços para futuras vendas e compras à vista.

2. *Interpretação* das determinações mexas. Diante de determinações mexas, a interpretação tem de responder se se trata de termo ou de condição. Na L. 8, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, Paulo disse: "Nessa estipulação: „se nas calendas não houveres entregue o escravo Estico, ~prometes dar dez, falecido o escravo,

pergunta-se se imediatamente, antes das calendas, se poderia exercer a ação. Sabino e Próculo opinam que o autor deve esperar o dia, o que é verdadeiro: toda a obrigação foi contraída sob condição e a termo e, posto que se incorreu nela quanto àcondição, fica, em todo o caso, o termo (dies *tamen superest)*. Mas pode-se exercer desde logo a ação contra o que prometeu assim: „se dentro das calendas não houver tocado com o dedo o céu".

E isso Marcelo prova." Na L. 54, *pr.,* D., *de* condicionibus *et demonstrationibus,* 35, 1, Javoleno já dissentia de Gaio quanto ao legado com termo e para se prestar quando fosse púbere o beneficiado: enquanto, nos Comentários, Gaio fazia predominar a condição, de modo que seria prestado após o termo, contado da puberdade, Javoleno opinava contrariamente, "porque, de ordinário, se põe termo para se prorrogarem os legados para o tempo presente, não também para o futuro, e o dia da puberdade tem algo de demonstração do tempo". Na L. 22, *pr.* D., *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat,* 36, 2, Pompônio feriu o ponto: se alguém legou a Tício para quando chegasse aos quatorze anos e faleceu ele antes de os completar, o legado não passa aos herdeiros, porque contém em si não só um termo, mas também condição.

No direito hodierno, como, aliás, entre os juristas romanos, a melhor divisão das determinações temporais é a que põe na classe dos termos somente os termos puros e na classe das condições as condiciones e aqueles casos em que no *di es incertus* se insere condição ou na *condicio* dia incerto. Assim, o dies *iricertus* an *certus quando (e.g.,* quando fizer vinte anos) e o dies *incertus an* incertus quando (c.g., quando for promovido) são condição; ao passo que o dies *certus an incertus quando* (no dia da morte de B) é termo (veja, para o direito comum, L.

Enneccerus, *Rechtsgeschâft, Bedingung* und *Anfangstermin,* 192 s.). Cumpre, porém, observar-se que, excepcionalmente, pode ocorrer que o *dies incertus an certus quando* seja termo: se o testador, por exemplo, dispôs que a herança ou o legado será entregue ao herdeiro ou legatário à maioridade; porque se trata de termo, e não de condição, o art. 119 não incide (cf. A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* III, 273).

(A expressão "determinação mexa" evita que se introduza o sentido de acessoriedade: não há relação de acessório a principal entre o ato jurídico e a condição ou o termo; há todo inseparável, a inexão é integral, a distinção só operacional: o ato jurídico condicionado não se decompõe, senão para a análise, como o julgamento hipotético não se

decompóe cm julgamento principal e julgamento acessório. Cf. L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34º ed., 490.)

Pode ser que o manifestante ou manifestantes da vontade estabeleçam que, ao tempo de chegar o *dies a* quo, esteja vivo o titular do direito. Então, não é de termo que se trata: somam-se termo (dies *certus)* e condição (dies *incertus),* o que faz a condicionalidade do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto* sensu. O direito, que dele se irradiou, é expectativo, como se dá com o termo, mas há incerteza. *Aliter,* se a morte,‟ que se exige, é de outrem, sem se fazer dependente do prazo, dentro do qual se dê; aí, há termo (dies *certus* an *incertus quando),* e não condição.

3. *Papel* das condições. A condição permite ao figurante querer, sem temer o futuro: por ela, o que não se quereria, sem auxilio de hipótese, pode ser querido. Se bem que os sistemas jurídicos prefiram não definir condição, o Código Civil brasileiro definiu-a (art. 114): “Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.” Ê parte da manifestação de vontade; não é manifestação anexa.

Ainda que se inserisse posteriormente, far-se-ia parte essencial. Seria erro concebêla como alternativa da existência da vontade, como fizera J. Unger (System, II, 5º ed., 56 5.; ainda recentemente, Rota romana, 8 de junho de 1929, *Foro,* 1930, 260). A vontade existiu e existe com o seu conteúdo; o ato jurídico perfez-se: apenas, se a condição ocorre, há o efeito; se não ocorre, não no há. Seria erro também apontar-se nexo entre a condição e o efeito: a condição é parte do conteúdo do ato jurídico; é parte da manifestação de vontade, é elemento do suporte fático, independente do que advenha. O conceito de condição exige que o evento seja futuro; a tal pressuposto de ser in *Juturum concepta* alude o art. 114; outrossim, àincerteza do evento.

Não se precisa, para se explicar a condição, dizer-se que ela restringe a vontade; o que ela faz é alterar o suporte fático vulgar do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu:* porque a vontade que nele se pôs é que é a vontade, modificando a estrutura vulgar do suporte fático e, pois, do ato jurídico (R. E v. Canstein, *ZeitschriJt frir deutschen* Ciuilprozess, 1, 319: ... a condição supensiva não é restrição da vontade, mas alteração do suporte fático legal do negócio jurídico em causa; de modo que o negócio jurídico condicionado é espécie particular do negócio jurídico, que se distingue do correspondente

negócio jurídico incondicionado como de qualquer outro negócio jurídico. No negócio jurídico condicionado, não é, também, vontade restrita, mas inteiramente diferente da vontade no negócio jurídico incondiciona

do"). O adjetivo "vulgar" não atribui ao que se quis incondicionadamente qualquer prioridade sobre o que

condicionadamente se quis. Onde se deixou campo à autonomia da vontade, ainda se o sistema jurídico possui regra jurídica dispositiva, a liberdade éhomogênea (sobre isso, P. J. Baumann, *De condicione pendente,* 118 s.).

Quem quis condicionalmente já quis, sem bem que só o futuro possa responder se o que se quis se podia *dar.*

Mas isso não é fundamento para se ter como querido desde agora, se no futuro se realiza a condição, pois agora só se quis com a condição. A condição é mexa (não atendeu a isso A. Schuppenhauer, *Die Rtickwirkung der Resolutivbedingung, 6* a 10). Só o efeito é que depende da condição, não o ato jurídico.

O "se ocorrer..." que está implícito, ou explícito, no ato jurídico condicionado, opera como dilema ao futuro efeito: ou será, se ocorre o fato; ou não no será, se não ocorre. Não se trata de *plano* da existência do ato jurídico, e sim de *plano de eficácia,* isto é, do plano em que se produzem, ou não, os efeitos. E preciso que se entenda a condição, para se saber de que fato futuro se cogita. Por isso mesmo, a condição ininteligível, ou contraditória *(condicio perpiexa),* é nula e faz nulo o ato jurídico (art. 116, 2º parte).

Já dissemos que o lugar próprio, cientificamente, para se nele tratar das condições e termos, é na parte em que se cogita da eficácia dos atos jurídicos. Os atos-fatos jurídicos de modo nenhum admitem condição ou termo: não se especifica (arts. 611-614), nem se descobre tesouro (arts. 607-610), nem se escreve livro, ou se pintam telas, ou se esculpe, condicionalmente ou a termo. São atos que entram no mundo jurídico como fatos, e seria impossível conservarem no conteúdo o elemento restringente da condição ou do termo. Por explicitude, aludiremos, de regra, aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos stricto

sensu. O que depende do evento futuro é o efeito (ou a extinção do efeito, que efeito é), e não o ser do ato jurídico.

Naturalmente, o conceito de condição é preciso, estrito; e não cabe pensar-se em "condições do negócio jurídico, ou do ato jurídico stricto sensu" a que correspondem "estipulações", "declarações ou manifestações de vontade". Quando o art. 114 diz que se considera condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a acontecimento futuro e incerto, "cláusula" está, aí, em sentido amplo.

A condição é *accidentale negotii;* o ato jurídico poderia ser sem qualquer condição. Serve ela, em grande escala, à autonomia privada: por ela, o manifestante da vontade como que ajusta o futuro ao presente; obvia à imprevisibilidade; leva em conta fatos que podem vir a acontecer, ou não acontecer; motivos que, de ordinário, não seriam relevantes, tornam-se elemento do suporte fático, mas somente para a eficácia.

Quando se entende que o efeito se há de produzir no momento em que se dê fato futuro e incerto (dies incertus *an),* mas, se isso não ocorreu, ainda assim é devida a prestação, que se pode exigir, inclusive judicialmente, não há condição, que suspenda o direito, a pretensão, ou a ação, — apenas se diferiu o adimplemento para a realização do fato ou da sua irrealização. As vezes, suspende-se só a pretensão, ou só a ação, e pode tratar-se de condição; e.g., "A deve x a C, que pagará quando B se resolver a embarcar para a Europa", "A deve *x* a C, que somente lho poderá cobrar judicialmente quando B marcar viagem".

Se no instrumento do negócio jurídico se insere condição, pode ela referir-se ao negócio jurídico ou ao ato de disposição, pelo qual se cumpre, ou a ambos. *Se há* dúuida, a entrega da prestação antes de se realizar a condição é de entender-se condicionada; salvo tratando-se de prestação pecuniária, pela natureza fungível da prestação, e irreivindicável. Se o ato jurídico é incondicionado, e não no é o ato de disposição, a condição só apanha a esse.

O mesmo evento pode ser condição final a favor de B e condição suspensiva a favor de C; por exemplo, A vende a B, sob condição final negativa de B não se mudar e, ao mesmo tempo (no mesmo ato ou noutro), a C, sob a condição suspensiva positiva de B se mudar.

§ 541. Natureza e função das condições

1.

Determinações sobre eficácia no tempo e o natureza da condição. Em toda declaração de vontade e, ainda, em manifestações de vontade não declaradas, em si e por si, — os efeitos jurídicos são marcados e *delimitados* pelo que delas entrou no mundo jurídico. As condições são restrições que elas se põem; a vontade mesma por elas se restringe. Isso importaria, *ab* initio, em se dizer que as condições restringem o querer, mas, no que restringem, concernem à eficácia. A restrição é suposição nossa, porque não houve vontade, de que a

vontade, contida na condição, seja restrição. Também é ponto em que se não tem prestado a devida atenção: a condição "diminui", não "exclui" o ser; não diz respeito, portanto, à existência do negócio jurídico, e sim à sua eficácia. Ou para a suspender, isto é, não deixar que se dê desde logo (condição suspensiva). Ou para resolver, isto é, *solver* a eficácia, de modo a que deixe de ser a eficácia que acontecera (condição resolutiva). Também se emprega o termo "condição" para designar o fato de que depende o advento ou a resolução da eficácia. O

sentido de qualquer determinação de conteúdo do negócio jurídico *(e.g.,* "as condições do contrato"), embora usado, é atécnico. No sentido técnico, condição é a determinação temporal concernente à eficácia do negócio jurídico, sem ser o termo (outra determinação do tempo). Determinação mexa, que se nao confunde, de modo nenhum, com o motivo ou *móvel* do negócio jurídico, pois que esse não é integrante do negócio jurídico; nem com o *termo,* que, embora o seja, tem advento certo, seguro, ou, se é incerto, inseguro, não no é no sentido de que condicione o negócio jurídico. Daí a cláusula "pagável contra documentos apresentados" não ser condição, mas termo. Tampouco, a adoção de termo, para que se determine o conteúdo mesmo do negócio jurídico, é condição: não há, então, negócio jurídico; o negócio évazio, não entra no mundo jurídico.

Alguns juristas, em confusão lamentável, por ignorarem a diferença

entre plano da existência e plano da eficácia, dizem que, com a realização da condição suspensiva, se torna perfeito o contrato (e.g., J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* IV, Parte 1, 98; Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda,* 182; ambos citados no voto vencido ao acórdão da 6º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de outubro de 1947, *RT* 172/651).

A realização da condição não atinge o ato jurídico; só atinge a eficácia dele, talvez toda, talvez só em parte. No Código Comercial, art. 191, 2º parte, disse-se que "fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito se não depois de verificada a condição"; mas isso provinha da ignorância da distinção entre o plano da existência e o plano da eficácia, o que também ocorria quanto aos juristas que não reputavam perfeito o negócio jurídico do testamento antes da morte do testador. Hoje, o erro ressalta aos olhos de qualquer pessoa que medite os assuntos jurídicos, sem repetir, maquinalmente, os erros de terminologia das leis e dos expositores superficiais.

Se os negócios jurídicos fossem, todos, para terem efeitos desde logo, bem parco seria o poder do homem no regrar as suas relações com os demais. Ainda seria bem frágil esse poder se só pudesse empregar termos iniciais e finais; na poderia organizar a vida, prevendo acontecimentos possíveis, porém não certos. Condicionar ou apor termos a efeitos é um dos instrumentos mais eficientes do pensamento humano, aplicado à vida.

2.

Dois sentidos da palavra «condição". Falando-se de condição, ou se entende o fato, a que se submete a eficácia do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* ou a própria cláusula pela qual se manifesta querer-se essa subordinação. Na linguagem vii]gar, diz-se que há negócios jurídicos condicionais, contratos condicionais, atos jurídicos *stricto sensu* condicionais; em verdade, condicional, ou, melhor, condicionada é apenas a eficácia deles. O vulgo confunde, assim, o *plano da eficácia* com o *plano da existência,* e identifica, erradamente, negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* com os seus efeitos, às vezes com alguns ou com um só efeito. A condição atinge, na sua concepção, a eficácia do ato jurídico; não o próprio ato jurídico, em sua existência. Se, no caso, por exemplo, da resolutiva de todos os eleitos, o ato jurídico deixa de ser, não é em virtude da condição, e sim do *princípio da posteridade necessd ria à existência dos fatos jurídicos,*

de que adiante trataremos, reduzindo-se, assim, uma das mais gritantes antimonias da ciência do direito. Por outro lado, se o que se chama "condição" faz dependente de acontecimento futuro o conteúdo do crédito, não é condição (A. von Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* III, 270 s.).

A condição ou se refere a toda a eficácia, ou a alguns efeitos, ou só a um dos efeitos. Pode dar-se que haja, no mesmo ato jurídico, duas ou mais condições, ou que uma seja resolutiva para um efeito, e outra, para oito, ou que, não condicionado o ato jurídico, parte do preço, ou prestação acessória, seja condicional. *A fortiori,* ser incondicionado o nºgócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu,* e não no ser a garantia. A condição há de ser voluntária, *futura* (ou, pelo menos, imediata) e *incerta.* Se falta a voluntariedade, há condicio iuris, e não condição. Se falta a futuridade, a eficácia não foi condicionada. Se falta a incerteza, a chamada condição

"necessária" não condiciona, — adia, põe termo inicial ou final. Pela condição, faz-se dependente do futuro o efeito, sem que dependa do futuro o ato jurídico. "Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato juridico a evento futuro e incerto", diz o art. 114 do Código Civil. Com isso, põe em relevo os três elementos conceptuais: a) a subordinação da eficácia à cláusula; *b)* a futuridade do evento (acontecimento lato *sensu);* c) a incerteza objetiva. O fato, que se prevê como possível, não é elemento do suporte fático do ato jurídico, mas elemento para a sua eficácia, adotado pela cláusula (manifestação de vontade), em vez de o ser pela lei (condicio iuris).

557

Na sistemática jurídica, as condições são dos expedientes mais eficientes da *autonomia privada.* Não há condição sem autonomia privada; se a condição se concebeu sem essa autonomia, deixou de ser condição para ser condicio *iuris:* faz parte do suporte fático "legal". Acomodam, ajustam, adaptam os atos jurídicos à necessidade humana de pensar em que certos fatos se podem dar ou podem deixar de dar-se. A imprevisibilidade mesma do futuro torna-as necessárias à atividade inter-humana. Não só: permitem que se ressalve à outra pessoa"certa liberdade de ação e de escolha, porque, em vez de se lhe impor A e B, se lhe promete A, se B, ou se exclui a promessa A, se não-B; quer dizer: a outra pessoa não é obrigada a B. B é condição, e não prestação. A condição de fazer incita, psicologicamente, à prática do

ato; a de não fazer, a não no praticar; não gera obrigação, o que seria, juridicamente, constranger. Em todo o caso, a condição, juridicamente, faz dependente a eficácia; pot isso, não poderia, por exemplo, ser subordinante da herança necessária: quem se submete àcondição dispõe; quem submete a condição o bem de outrem diminui esse bem. Quando o ato ou a omissão não pode ser objeto de obrigação, ou seria menos cômodo conceber como prestação o ato, ou a omissão (prestação de valores ao portador dependente de formalidades de venda e compra), a condição exerce função supletiva. Ainda assim, se a intenção é de obter o ilícito (ato ou omissão), é nula e contagiante. A função da condição consiste em adequar ao futuro, que é incerto, as relações inter-humanas. O motivo, que, de regra, não é relevante, faz-se relevante, sob a cápsula da condição. E inconfundível com o encargo ou modo *(modus),* porque esse cria obrigação do beneficiado. Há constrição futura, no modo; não há suspensão, nem resolução.

3. *Natureza* da condição. (a) Ligada, conceptualmente, ao futuro, a condição não pode ser relativa a circunstâncias pretéritas, ou presentes. Se, concebida como relativa a fato incerto, futuro, esse, sem no saber o manifestante da vontade, ou sem np saberem os manifestantes da vontade, já se realizou, nem por issà se deixa de tratar como condição. O que não se tem como condição é a condicio *in praesens vel praeteritum colíata,* a dúvida sobre algo que se sabe ter-se dado, ou estar-se a dar Seria a “suposição”, segundo o conceito de li.

Henle, espécie que, erradamente, A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* II, 199, e III, 280) inclui na

“pressuposição” (Veraussetzung), em que, aliás, não há dúvida, mas certeza.

(b) Há, certamente, muito de histórico, de resíduo romano, no ter-se a condição como adjecta — *adiectio condicionis* — e, pois, como elemento extrínseco; contudo, não se vai ao ponto de ter-se a condição como suspensiva da perfeição do ato. As fontes não são estremes de alusões a efeitos, no plano da existência, da *condicio* pendens. Segundo a L. 80, D., *de iure dotium,* 23, 3, Javoleno, que foi da primeira metade do século 1

e começo do século II, na recomposição dos livros de Labeão, que viveu antes de Cristo e morreu no começo do século 1 (entre 10 e 22), dá-nos ilustração: “Se devedor da mulher prometeu dote ao noivo,

disse Labeão que a mulher pode pedir antes das núpcias ao devedor esse dinheiro *(eam pecun iam)* e, por esse débito, o devedor não estará, depois, obrigado ao marido. Falso é, porque essa promessa estaria pendente, ao passo que a obrigação está nessa causa (in ea causa eM).” Se a condição não ocorria, era como si *nu lIa stipulatio intervenisse”* (L. 36, D., *de rebus creditis,* 12, 1; L. 19, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4: “deficiente condicione nulíam essa venditionem”). Em tudo isso havemos de ver, apenas, impropriedade terminológica.

Está-se no plano da eficácia, de modo que, *deficiente* condicione, o que se perfez se desfaz, pela força da deficiência da condição. As expressões *suspenditur* e “suspensa” (L. 5, C., *de periculo et com modo rei venditae,* 4, 48, e L. 25, C., *de donationibus,* 8, 53), de que vem o nome “condição suspensiva”, e a outra *risolvitur,* donde “condição resolutiva”, traduzem o que se passava, e se passa. Ma já revelam certa sutileza, certa finura do pensamento jurídico. Dir-seá que a L. 44, §§ 1 e 2, D., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7

(Paulo), excluia a condição se a obrigação já nascera. Está certo. A condição, posterior ao ato, tem de ser aposta antes de nascer a obrigação (efeito): “Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?” Em verdade, éeficaz a condição, se inserta ao se constituir a obrigação (C. Ferrini, *Manuale di Paridette,* 173, vê aí a condição suspensiva; trata-se, porém, da condição anterior ou simultânea ao nascimento da obrigação: quae in *constituenda obligatione inseritur);* não, a que se põe após a obrigação perfeita (= nata), como se, “(já estando tu obrigado), te obrigas a dar cem, (para cessar de ser obrigado), se vem da Asia a nave”. (Tem razão C.

Ferrmni em rejeitar a transposição proposta por Th. Mommsen, na sua edição do Digesto.) É instrutivo que, ainda assim, o que se pôs, tardiamente, como condição, opera como pacto, donde a *exceptio pacti conuenti* e a *exceptio doU mali.* Revela-se bem a origem pactual das condições, até que se tomasse como um só julgamento o julgamento hipotético. Assim se explica o “erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur” da L. 2, *pr.,* D., *de in diem addictione,* 18, 2 (Ulpiano), o que fazia sob condição suspensiva o pacto resolutivo, tal como Paulo nos mostra, deixando transparecer o estrato histórico: “Sabino (disse que), se tiver sido comprada a coisa, de modo que se tivesse por não comprada, se o dinheiro não se pagasse dentro de certo termo, não usucapirá, se não houver pago o dinheiro; mas vejamos se isso é condição, ou convenção; se é convenção, mais resolverá que

se cumprirá." Entenda-se: ou é condição, ou convenção; se é convenção, trata-se de pacto acessório condicional; que leva à resolução, e não ao adimplemento. Ali, condição resolutiva; aqui, contrato resolutivo do outro, no lugar do antigo *pactum,* ao tempo em que o direito era hostil às condições *(pactum de non petendo* sob condição suspensiva, nas espécies da L. 44, § 2, *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, e da L. 56, § 4, D., de *verborum* obligationibus, 45, 1). O direito contemporãneo livrou-se da concepção romana, superada, do ato jurídico imperfeito, se pende condição. Viu-se bem que tudo se passa no plano da eficácia. Quando, na L. 13, §

5, D., *de pignoribus et hypothecis,* 20, 1, se dizia que "interim nihil debetur", era no plano da eficácia que se estava: *debetur* está no plano da eficácia, pois *debere* é efeito; e a repetição do indevido, se alguém pagou *pendente* condicione (L. 16, *pr.,* D., *de* condictione *indebitt,* 12, 6), de modo nenhum prova que se desceu ao plano da existência. Noutros lugares, alude-se ainda à existência da relação jurídica, mas ressalta a impropriedade terminológica: "etiam pendente condicione creditorem esse" (L. 42, D., *de obligotionibus et actionibus,* 44, 7); "ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit" (L. 26, D., *de stipulatione servorum,* 45, 3).

(c) Quem compra a tela se pintada por A, ou quem compra a fábrica, se há lei que lhe deu isenção do imposto *b,* não comprou condicionalmente. Trata-se de *condicio in praeteritum vel praesens relata,* que não é verdadeira condição. A incerteza, aí, é somente subjetiva. A condição supõe incerteza objetiva. Os riscos, no caso de *condicio* in *praeteritum vel praesens relata,* passam imediatamente ao adquirente; à diferença do que ocorre nas vendas e compras sob condição suspensiva. Se a compra foi para o caso de ser julgado futuramente pelo Supremo Tribunal Federal que a fábrica tem a isenção do imposto *b,* então foi condicionalmente concluída: os riscos não passam imediatamente aos adquirentes. (Note-se a diferença entre a incidência da lei, naquela espécie, e a aplicação da lei, nessa. Aplicação *posterior* à venda e compra.) Se o negócio jurídico foi concebido condicionalmente, mas o que se teve como condição é objetivamente certo, *e.g.,* A compra a casa da rua A se a lua, a V de janeiro, continuar a ter o mesmo percurso (fato necessário e, pois, certo), ou se a lua, àquela data, desaparecer (fato que necessariamente não acontecerá e, pois, écerta a negativa), a "condição" é,

respectivamente, necessária (certa), ou impossível. No primeiro caso, a condição é tida por inexistente: não entra no mundo jurídico, posto que, às mais das vezes, se possa ter como suspensa a eficácia, se há, em verdade, termo *(dies certus* an). A razão está em que condição necessária é contradição evidente (E. Wagenfiihr, *Die Bedingungen,* 13 s.). No segundo, a solução ou seria a solução da *ineficácia,* ou a da *inualidade,* ou a da *inexistência.* No sistema jurídico alemão, há invalidade, se impossível a condição, —

invalidade da condição e do ato jurídico: não se quis o que só se quis em caso impossível. No sistema jurídico romano, distinguiam-se os atos entre vivos e os a causa de morte, reputando-se inexistente, nesses, a condição impossível (sem princípio geral), portanto incondicionado o ato, e, naqueles, havia a exclusão da condição e do ato, no plano da existência. No fundo, incidência, ali, por lei, em espécies apontadas (L. Mitteis, Rãmisches *Privatrecht,* 1, 171), do princípio da separação, e, aqui, do princípio do contágio.

No sistema jurídico francês, o art. 900 generalizou o que se adotara, em direito romano, para o direito das sucessões: "Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaires, les conditions impossibles... seront reputées non écrites". O Código Civil brasileiro, art. 116, seguiu-o, nesse ponto; não, porém, no resto do art. 900 do Código Civil francês sobre as condições contrárias às

leis e aos costumes *(aux bis et aux moeurs).* Diz o art. 116, 1º parte: "As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes." Temos, portanto, solução no piano da existência, com o principio da separação (cp. art. 153), de que a incontagiação do nulo é apenas uma das espécies (incontagiação do inexistente, do nulo, do anulável, do ineficaz, do rescindível, do impugnável etc.).

Papiniano dizia (L. 39, D., *de rebus creditis si certum petetur et de condictione,* 12, 1) que a condição objetivamente certa, mas ignorada pelos manifestantes, ou pelo manifestante da vontade, não tem *potestas condicionis,* nem se considera ad instar condicionis (L. 120, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1). Mas ou a certeza faz perfeito o ato, ou ele não subsiste, o que é *ad instar* condicionis; o ato não subsiste se a suposição não corresponde à realidade. No mais, a *condicio in proeteritum vel praesens relata,* bem como a suposição de acontecimento certo futuro (se A for mortal), não é condição. Aposta aos negócios

jurídicos, ou, excepcionalmente, a atos jurídicos *stricto sensu,* a condição positiva fisicamente (= naturalmente) impossível, não entra no mundo jurídico, de modo que o suporte fático do ato jurídico entra só. Diz-se, então, que, a despeito da aposição da condição, o ato jurídico é puro e simples. Não importa se suspensiva, ou resolutiva.

Aliter, noutros sistemas jurídicos, devendo ter toda atenção a isso quem interpreta ou aplica direito brasileiro, para se não deixar influir por argumentos que somente caberiam no direito estrangeiro. Se a condição é negativa e o fato tem, necessariamente, de se verificar, o ato jurídico, a que se após, suspensivamente, é puro e simples

(= entra, só, no mundo jurídico o seu suporte fático, ficando de fora a condição); se resolutivamente, o ato jurí-

dico, a que se apôs, ou a) nunca se resolve, pois que tal condição negativa não é séria, e o ato jurídico vem produzindo os seus efeitos, ou *b),* em verdade, não é condição, mas termo final, ou *c)* todo o ato jurídico não é sério. O art. 116 obriga a que primeiro se considere a); se não-a), então ou b), ou *c).* Só se não-b), cabe *c).*

Também aqui não se há de consultar, sem todo cuidado, livro estrangeiro. A unidade de tratamento dos atos jurídicos interuluos e dos atos jurídicos *causa mortis* venceu no direito francês, no alemão, no brasileiro e noutros sistemas (o italiano ainda distingue, além de entrar em discriminações de condição nula e "não aposta"3, cf. arts. 634 e 1.354). Porém o tratamento único foi a nulidade, para o alemão; a inexistência, para o brasileiro.

Nas *Instituições* de Gaio (III, § 98), lê-se: "A estipulação é inútil se feita sob condição que se não pode dar *(quae existere non potest),* como se tocará o céu com o dedo. Mas legado feito sob condição impossível os nossos mestres opinam que seja devido, como se sob condição não tivesse sido; autores doutra escola consideram tanto inútil o legado quanto a estipulação. E certamente é difícil dar-se razão suficiente de tal diversidade *(Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest)."* A crítica do jurista do século li foi ouvida, já muito mais tarde; porém, exprobrando ele a diversidade, não opinou sobre como se havia de unificar o tratamento: se com a contagiação, ou se sem ela. A solução brasileira é a mais romana, unificada, —todavia sem a contagiação; porque é a da inexistência; diferente, pois, da romana, posto que Gaio, o que é típico da sua linguagem, fale de inutilis: sempre, referindo-se à

stipulatio, nos Livros II e III, assim se expressava.

4.

Elemento conceptual da circunstância *incerta.* De condição somente se pode falar quando a *eficácia* de determinada manifestação de vontade, entrando no mundo jurídico, fica dependente de circunstância incerta, que não pertence ao que se chamou suporte fático "legal" (E Stein, Bedingte Prozesshandlungen, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* 18, 35), incluindo-se no suporte fático elemento legal, o fato, a que se liga o efeito, atitude de pesquisador que pode levar a confusões, pois com o conceito se inclui no suporte fático o que já pode ser elemento dele. somente a condições, nesse sentido, que se referem as regras jurídicas dos arts. 114-116 e 118-122 do Código Civil. As chamadas *condiciones* iuris não se estendem elas: são circunstâncias incertas futuras, de que depende a eficácia de ato jurídico; mas pertencem aos elementos "legais" do suporte fático, pressupostos de existência e às vezes só de eficácia. Não importa se o manifestante da vontade explicitamente a quis como condição, no sentido próprio (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 415).

5. Condiciones iuris não são *condições.* Se o que se pretende seja condição não no é, mas condicio *iuris,* ou restrição de conteúdo da prestação, ou da contraprestação, sem condicionamento, os arts. 114-116 e 118-122

não incidem: o adimplemento e o inadimplemento regem-se pelas normas jurídicas da execução dos atos jurídicos. O que há de comum entre as *condiciones iuris* e as condições em sentido próprio, é que todas elas se ligam áeficácia, podendo acontecer que a *condicio iuris* se ligue àexistência. Mesmo aí, portanto, falta elemento comum em todos os casos. O elemento, *que a condição realiza,* não é elemento do suporte fático, no que ele é necessário à existência e à validade; e só se alude à eficácia. As verdadeiras condições só dizem respeito à eficácia. Condições e *condiciones iuris* são referentes a acontecimentos futuros. Mas, enquanto as condições, em sentido próprio, são postas pelo manifestante ou pelos manifestantes da vontade, as condiciones *tu ris* são-no pela lei. Para que B herde de A, é preciso que B sobreviva a A (condicio iuris): não se deve ter o fato como elemento do suporte fático, em sentido estrito; éelemento da eficácia, que a lei põe no suporte fático como pressuposto da eficacia.

Quanto às chamadas *condiciones iuris,* algumas o são da eficácia irretroativa; outras, da eficácia retroativa. Não há princípio *o priori* (cf. L. Enneccerus, *Uber Begriff und Wirkung der Suspensiubedingung iind* des *Anfangstermins,* 126 sj. O tempo em que começa a eficácia e a espécie mesma da eficácia são determinadas ex lege. Por isso mesmo, de ordinário é supérfluo aludir-se à condicio luris, posto que, em casos de dúvida sobre a natureza do ato jurídico, possa tal explicitação não ser supérflua (P. Oertmann, *Die Rechtsbedingung, 46).*

Condicio iuris não é condição; é apenas alusão ao que a regra jurídica considerou pressuposto para o negócio jurídico, como o casamento em relação ao dote (E Sobtzick, *Die bedingte und befristete Obligation,* 9). Seria dilatar-se, com prejuízo para a técnica, o conceito, incluir-se no rol das condições a *condicio iuris.*

Diz o art. 117: "Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede." Direito é eficácia de fato jurídico; no assunto que aqui nos interessa, de ato juridico *stricto* sensu ou de negócio jurídico. Se a circunstância incerta é elemento do chamado suporte fático "legal", necessária é para que a eficácia se dê: a morte não é condição do testamento; é *condicio iuris;* e as *condiciones iuris,* segundo a técnica jurídica e o art. 117, não são condições. Os arts. 114-1 16 e 118-122 não incidem. (A condicio *iuris* não se confunde com a *condição tácita.* Essa é manifestada tacitamente, não é elemento *legal,* previsto, do suporte fático; e verdadeira condição.)

557

As vezes, mas raramente, aparece julgado em que se tem, erradamente, como verdadeira condição (art. 114) a condicio *iuris (e.g.,* Tribunal de Apelação de Pernambuco, 27 de maio de 1946, *AF* 20/283, que, além disso, foi ao absurdo de considerar o endossatário credor condicional do endossante).

Aqui, convém distinguir-se rigorosamente (o que faltou àdoutrina) a condição *cláusula de* condição, inserta no negócio jurídico, e a condição *fato,* positivo ou negativo, *que* a *realiza.* A condição-cláusula é elemento fático, não-necessário, do ato, —elemento deixado, pois, à vontade do figurante, ou dos figurantes, do suporte fático do ato ou do *negotium,* que com ela entra no mundo jurídico. A condição-fato, que se pode dar, ou não se dar, é elemento da eficácia. A condicio furis

está entre os elementos legais do suporte fático e o fato, que a realiza, no plano da eficácia. As condições-cláusulas, entre os elementos volitivos do suporte fálico; e a condição-fato, no plano da eficácia. Tal distinção é a mais relevante para a teoria geral das condições.

A condição não se há de confundir com algum elemento do suporte fático que seja pressuposto de existência ou de validade do ato jurídico. As *condiciones* iuris entram na classe dos pressupostos de existência, ou da eficácia. Não há penhor, não há hipoteca, não há caução, não há fiança, sem que se refira a crédito — ainda futuro — que se haja de garantir. Não há aceitação de herança, ou renúncia de herança, sem já estar aberta a sucessão. Tais condições de direito não são condições; ainda quando o figurante ou os figurantes as tenham concebido como condições, não se tornam tais. O que aceita a herança, ou a ela renuncia, estando pendente ação de anulação de testamento, ou questão sobre direito de herdeiro legítimo que afaste o aceitante, ou renunciante, não aceita ou renuncia condicionalmente; aceita ou renuncia puramente; se vem a ser julgado nulo, ou anulado, o testamento, ou se se habilitou o herdeiro legitimo, à aceitação ou renúncia faltou objeto.

Aconteceria o mesmo se o aceitante ou renunciante não conhecesse a questão pendente. Se alguém vende coisa, que tem por sua, mas insere-se no contrato a condição de ser reconhecida por sentença a propriedade do vendedor, não é obrigado a perdas e danos, por inadimplemento, o vendedor, se vem a ser julgada de outrem a coisa, e o que recebeu a coisa, como outorgado da venda condicional, não pode alegar boa-fé para a usucapião; nem para a aquisição, em se tratando de títulos cambiários ou cambiariformes. Também o maior de dezesseis anos e menor de vinte e um, relativamente incapaz, pode contratar com a condição de chegar à certa data o assentimento do titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador Então, o assentimento que chegou dentro do prazo não seria só excludente da anulabilidade; seria implemento de condição. Todavia, a espécie é rara, no comércio, ou nos atos jurídicos de direito civil. Nada obsta a que a condição seja posta pelo comprador, e.g.,

“se o vendedor ajuntar o assentimento do titular do pátrio poder à data tal”.

6.

Expressão da condição e condições tacitamente estabelecidas. O negócio

jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* é condicionado, se o manifestante ou os manifestantes da vontade o conceberam, *supondo* que algum efeito se produzirá; mas tal suposição enche, logicamente, no plano da eficácia, um "se então . Para isso, de ordinário, é preciso que se empreguem palavras, escritas, ou orais, ou mímicas, na medida em que o direito considere *expressão* o que os sinais "dizem". O que não impede que as condições se componham com as circunstâncias, tacitamente: se a intenção do manifestante ou dos manifestantes da vontade é a de subordinar a eficácia do que introduzem no mundo jurídico ao advento de algum fato (positivo, ou negativo) futuro, há condição — dita tácita — sem que tenha havido palavras, ou gestos expressivos. A concordata é submetida à condição tácita de que o devedor cumprirá aquilo que promete aos credores] Não seria acertado ver-se, aí, a dependência entre as prestações; tal interdependência (princípio do adimplemento co-exato, ou princípio da co-pontualidade, ou princípio da co-execução das prestações) apenas gera exceção, que é a *exceptio non adimpleti contractus,* e o direito formativo resolutivo (art. 1.092, parágrafo único). Não há condição tácita, sem que tenha sido intenção do manifestante, ou dos manifestantes da vontade, subordinar a *eficácia* do ato jurídico ao acontecimento, ou não-acontecimento futuro: a modificação posterior das circunstâncias, que não podia ser prevista, não pode ser condição; a condição supõe que se preveja algo, que pode acontecer, ou não acontecer —

a imprevisibilidade é atenuada pela atenção no que pode acontecer, ou não acontecer. Seria, talvez, causa de anulabilidade por erro; mas, ainda para esse defeito, *que é no plano da validade,* é preciso que o erro seja essencial (arts. 86-91). De ordinário, quando a prestação há de ser feita, se ocorre, no futuro, fato incerto, positivo ou negativo, há condição. Se a prestação se há de fazer ainda que não ocorra o fato, posit ivo ou negativo, não se dá condicionalidade: o manifestante ou os manifestantes da vontade apenas diferiram a exigibilidade (e.g., os créditos para serem pagos "quando for maior o credor" não são condicionados; se o credor morre, passa aos seus herdeiros).

Se o doador subordinou a doação à dedução de usufruto, somente doou a coisa *menos* o usufruto; se subordinou

a administração própria, ou de terceiro, o bem ou bens doados, tal

cláusula pré-retira ao donatário poder de administração da coisa própria. Tais cláusulas são indiscutivelmente permitidas e de modo nenhum são condições (5º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1948, *RT* 178/211; cf. 178/212).

7.

Condição simultânea e condição posterior ao ato jurídico. A condição pode ser estipulada após o ato jurídico, em vez de *simultaneamente* com ele. Concebida *antes* do ato jurídico *(e.g.,* para todos os atos jurídicos a entre A e 8), tem-se como concebida simultaneamente. Estipulada após, modifica o ato jurídico, sem se dar novação: mantém-se a identidade da relação jurídica (A. vonTuhr, *Der Aligemeine Teil,* III, 285).

Semelhantemente, a modificação, que faz incondicionado o que se concluiu condicionada-mente, não é novação. Muito importa saber-se que a condição concerne à eficácia, e não à existência, ou à validade do ato jurídico *stricto sensu* ou do negócio jurídico. Muito é saber-se que o art. 121 permite os atos conservativos.

Porém é preciso saber-se mais: se a condição, atingindo, como atinge, a eficácia, e sendo suspensiva, suspende o nascimento do direito, ou da pretensão, ou da ação, ou da exceção. Tanto os direitos, quanto as pretensões, quanto as ações, quanto as exceções são eficácia.

8.

Problemas sobre alcance e sorte das condições. Há dois problemas principais: (a) se a condição necessariamente não suspende o direito, mas a pretensão, ou se, no lugar do direito, põe direito expectativo, o que, de certo modo, só atinge, no *tempo,* o direito, ou *(b)* se, de regra, põe direito expectativo no lugar do que seria direito atual, mas a vontade manifestada ou as vontades manifestadas podem excluir esse direito expectativa, deixando sem eficácia todo o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu.*

A condição de querer, a potestativa pura, concebida de modo que a manifestação mesma da vontade seja atingida, a ponto de precisar de aprovação posterior, seria ou a) concernente à *existên* cia do ato jurídico, ou *b)* a *toda eficCcia,* inclusive *qualquer* direito. *Da ture*

condito, os arts. 114 e 115 rechaçam: a a), porque o art. 114

não admite condição concernente à existência (só a admite concernente à eficácia, *uerbis* "que subordina o *efeito* do ato jurídico a evento futuro e incerto"); e o art. 115, excluindo "as que privarem de todo efeito o ato", a *fortiori* exclui as que o privam de existir; e a *b),* porque privar de toda eficácia é excluir do mundo jurídico, *por antecipação.* Resta saber-se qual a sorte da condição excludente de todo efeito (art. 115, 2º parte, *pr.)* e qual a sorte da condição potestativa pura (art. 115, 2º parte, in fine): ou há nulidade delas e do ato todo, ou somente delas, ou inexistência delas, ou delas e do ato todo. Lê-se no art. 115, 2º parte: "Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes."

"Defesas" é expressão que poderia ter qualquer desses conteúdos. Ora, o tratamento, à romana, não se ajustaria ao Código Civil, que, a propósito das condições impossíveis, foi hostil à contagiação em caso de condições fisicamente impossíveis (art. 116, P parte) e no art. 115 não alude, de modo nenhum, a ato (põe a regra da admissibilidade e nomeia duas espécies "defesas"). A solução é, pois, a da *inexistência* das duas espécies de condições. Seria possível, no plano abstrato, construir-se a condição que atingisse a existência do ato; quer dizer: a condição que subordinasse o querer mesmo a fato posterior, cindindo a vontade em dois tempos; porém essa possibilidade foi afastada, *a Jortiori,* pelo art. 115, que pôs entre as condições defesas "as que privarem de todo efeito o ato": para que haja condição é preciso que se subordine "efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto" (art. 114), e não se subordinam *todos* os efeitos (art. 115, 2º parte, *pr.);* com maioria de razão, o ato (jurídico) mesmo. Quem subordina à condição a existência do ato jurídico a ela subordina *toda* a eficácia. Até onde mais fundo se pode ir na subordinação de efeitos é na subordinação de todos os efeitos menos o de criação de direito expectativo (art. 121), que supõe a vinculação ou a vinculabilidade.

9.

"Condição" em sentido atécnico. A expressão "condição" é empregada em sentido atécnico em algumas regras jurídicas do Código Civil, arts. 240, 384, VII, 424, 1, 743, 1.342, 1.548; outrossim, 22, parágrafo único, 72, 172, II, 367, 415, 563, hoje no Código de Aguas, art. 69, parágrafo único, 632, 636, 683, 689, 973,11,1.040,11, antes da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, art. 11, 1-VI, 1.155, 1.487,

1.512-1.514, 1.521, II, inclusive no sentido de condicio *iuris,* arts. 1.289, § 3º, e 1.516, e de termo, art. 470, 111. Devemos, porém, no sistema jurídico dar a esses conceitos os nomes adequados.

10.

Condição e contrato *de opção.* Tem-se procurado ver no contrato de opção contrato de venda e compra subordinado à condição de declaração de vontade do titular do direito de opção. A construção é artificial. Se houvesse condição, o direito seria expectativo, como se dá em qualquer negócio jurídico condicional. Ao invés, no contrato de opção, o direito, que se irradia, é direito formativo gerador, ou modificativo, ou extintivo. A

declaração de vontade, que se faz, não é para se cumprir condição *si voluero,* mas em exercício do direito formativo, gerador, modificativo ou extintivo, que nascera com o contrato de opção. Não há os dois tempos, —

direito expectativo, durante a pendência de condição, e direito expectado, que se adquire com o implemento da condição. Há um só tempo: o do nascimento do direito formativo gerador, modificativo ou extintivo, de modo que o contrato de opção de compra, ou de aluguel, ou outro qualquer, não é contrato de venda e compra, ou de locação, ou algum outro contrato, com a condição potestativa: é contrato sem condição. Por isso mesmo, a declaração, em exercício do direito, tem de ser feita pelo titular capaz e precisa ser isenta de anulabilidades por vicio de vontade. O efeito, que resulta da declaração, não é efeito do contrato; mas sim do exercício do direito.

A relação jurídica, que exsurge, é, portanto, outra.

§ 542. Atos jurídicos condicionáveis e atos jurídicos incondicionáveis

1.

Condicionabilidade e incondicionabilidade. De regra, os negócios jurídicos são suscetíveis de serem condicionados. As exceções ou resultam da *natureza* do negócio jurídico, ou de outra regra especial da lei. São os chamados "negócios jurídicos incondicionáveis", ou "hostis às condições" (bedingungsfeindliche Rechtsgeschàfte): a) a celebração do casamento (art. 194); *b)* a ratificação do casamento (arts. 211 e 216) anulável; *c)* o reconhecimento da filiação (art. 361); *d)* a adoção (art. 375), a respeito da qual, em todo o caso, falaremos no Tomo VIII (Direito de Família):

e) a transmissão da propriedade mobiliária e imobiliária (exceto resolutivamente, quanto a imóvel, art. 647); fl a enfiteuse (exceto resolutivamente, art. 647); g) a aceitação e a renúncia da herança (art. 1.583, 1) parte) e do legado; *li)* a aceitação ou impugnação de inventariante ou testamenteiro; O a compensação (arts. 1.009-1.024); j) a procuração judicial (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 410); *k)* de regra, os negócios jurídicos *unilaterais* e os atos jurídicos stricto *sensu (e.g.,* respectivamente, a revogação, a denúncia; e a interpelação, a constituição de domicílio, a gestão de negócios). Podem, contudo, ser sob condição: a renúncia (6. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 410) exceto a renúncia à propriedade imobiliária, no que é perda da propriedade, de modo que realizada antes do registro a transmissão deixa de ser condicional; a ratificação de negócio jurídico anulável (J. Biermann, *Btirgerliches Recht,* 1, 306; sem razão, E. E. Bruck, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschdfte,* 73, exceto se negócio jurídico matrimonial); o assentimento; a procuração extrajudicial. Quanto ao perdão, entendem alguns que pode ser condicionado, e outros, não *(e.g.,* J.

Biermann, *Btirgerliches Recta,* 309; E. E Bruck, Bedingungs *feindliche* Rechtsgeschdfte, 177). O problema teve de ser reestudado por nós, no *plano mesmo do conceito de perdão* (Tomo II), o que se não havia feito, com atraso para a ciência.

A transferência da propriedade mobiliária (aliter, a constituição e transferência dos direitos reais limitados) não pode ser sob condição. A transferência da propriedade imobiliária pode ser sob condição resolutiva. A posse, essa, pode ser transferida por acordo condicional (art. 493,11), de modo que o outorgado somente adquira a posse quando se der a condição, podendo o outorgado, no momento, exercer o poder f ático sobre a coisa. A tradição segundo o art. 520, II, não; é ato-fato jurídico: não se leva em conta a vontade do outorgante. Nem a aquisição da posse, segundo o art. 493, 1, que só se funda no poder fático. A posse mediata, essa, é transferivel sob condição, cedendo-se, condicionalmente, a pretensão à restituição da posse (art. 621), ou por

ser condicional a relação jurídica crediticia (locação, venda e compra, seguro condicional), ou sujeito a condição o nascimento de algum dos créditos que dela provenham. (Daí ter-se dito que o crédito fundado em contrato de seguro é sob a condição de se produzir o dano, porque o dano seria condição, e não elemento do suporte fático.) 2.

Condição inserta em ato jurídico incondicionduel. Em principio, se o ato jurídico — não só o negócio jurídico — *hostil àcondição aparece condicionado) a condição tem-se como não-escrita,* portanto, uma vez que não tem eficácia o que não existe, é ineficaz *(Motive,* 1, 249). Não se pode invocar, aí, o art. 116, 2º parte: "As (condições) juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados"; porque a condição, em si, pode não ser impossível: o que se dá é a incompossibilidade do ato jurídico e da condição, ainda sendo juridicamente possíveis aquele e essa, separadamente. O princípio, que se tem de invocar, é o da repulsa do mundo jurídico ao que nele não pode entrar, fato diferente e inconfundível, em ciência, com o de entrar e violar a regra jurídica: o que há de ser tido *pro* non *scripto* não entra no mundo jurídico. A razão da exclusão da condicionalidade é *interesse público,* ou *fundamento* moral, ou *religioso-moral,* para a inatingibilidade da eficácia do ato jurídico.

Tem L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30~-34º ed., 497) como nulos o ato jurídico e a condição. Quanto ao casamento, no direito alemão, o § 1.317, 2a alínea, estatui que a declaração *(Erklãrung)* de vontade não pode ser

sob condição ou a termo. Aí, há nulidade, porque a lei deixou que ato e condição entrassem no mundo jurídico, para permitir a *validação* do §1.324, alínea 2t No direito brasileiro, há solução especial ao direito matrimonial *(Tratado de Direito de Família,* 1, 34 ed., 314 5.; neste *Tratado,* Tomo Vil). Quanto à adoção, o direito alemão,

§ 1.742, diz que a adoção não pode ser sob condição ou a termo (nem o desfazimento, § 1.768, alínea 1º). A consequência é a nulidade da adoção, ou do desfazimento (6. Planck, *Kommentar,* IV, 4º ed., 621; apenas, H.

Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* IV, 342, admitiu confirmação após a realização da condição ou após o termo). No direito brasileiro, o art. 375 diz que, na adoção, não se admite condição, nem termo. Não se disse que seria nula a adoção; de modo que se há de tratar a espécie

conforme o princípio geral. Quanto à *venia aetatis* ou suplemento de idade, o Código Civil nada diz, mas a condição ou o termo há de ter-se por inexistente. A transmissão da propriedade imobiliária, com a condição suspensiva, em direito brasileiro, vale, e a condição é *pro non scripta.* Não assim, a aceitação e a renúncia da herança, que são sempre atingidos pela condição ou termo (art. 1.583): "Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição, ou a termo." *De lege ferenda,* é sumamente interessante o problema do tratamento do ato e da condição, se aquele não a permite: a) inexistência dessa e daquele; *b)* inexistência dessa, sem contágio do não-ser ao ser; *c)* nulidade dessa e daquele; *d)* nulidade dessa, sem contágio do nulo ao válido.

3.

Fundamentos das *incondicionabilidadez e conseqdência da* condlcionalização. (a) A inadmissibilidade da condição suspensiva por fundamento *formal (emancipatio, in lute cessio, acceptlla tio, expensilatio, tutoris auctoritas)* tinha de ser no plano da existência do ato e, pois, contagiante. Na L. 77, D., de *diversis* regulis *luris antiqul,* 50, 17, Papiniano disse que os *actus legitimi* não recebem (non *recipiunt)* termo ou condição, como *emancipatio, acceptilatio, hereditatis* aditio, *servi optio, datio tutoris;* e acrescentou: "viciam-se de todo com a adjeção de tempo ou de condição" (in *totum vitiantur per temporis vel condicionis adiection em).* Pensava-se, erradamente, que era *mancipa tio* que estava no texto. Teve-se por exaustiva a enumeração de Papiniano: no entanto, faltam-lhe a *cretio,* a *manumissio vindicta* (a manumissio *vindicta mortis* causa, que está na L. 15, D., *de monumissionibus,* 40, 1, atribuida a Marcelo, é obra de compiladores, cf. E Haymann, *Freilassungspflicht und Reurecht,* 30 a celebração do casamento (L. Mitteis, *Râmisches Privatrecht,* 1, 169), a *expensilatio* (de que fala o próprio Papiniano, em *Fragmenta Vaticana,* § 329, no *Comentario* de A. A. Von Buchholtz, 285). Aliás, o texto é ainda inexato, porque só se há de pensar na *datio tutoris* magistrática, e nã: na testamentária (cf. Ulpiano, na L. 6, § 1, D., *de tutelis,* 26, 1, e na L. 8, § 2, D., *de testamentaria tutela,* 26, 2).

(b) A inadmissibilidade por fundamento material, econômico ou não-econômico, não levaria, necessariamente, ao plano da existência do ato. Quanto ao casamento, a constituição de status repele a condicionalidade; porém, a *priori,* não se poderia sustentar a contagiação necessária. Menos ainda, a propósito de esponsais, que

eram, em direito romano, hostis a condições, e deixaram de o ser no direito canônico (A. v. Scheurl, *Das gemeine deu tsche Eherecht,* 369), por se tratar de pretensão à constituição de *status,* e não de constituição (M. Hussarek v.

Heinlein, *Die bedingte Eheschliessung,* 199 e 243). Aliás, o protestantismo considera o casamento, se condicionado suspensivamente, como esponsais (E. Friedberg, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts,* 5! ed., § 141).

A propriedade não podia ser *ad tem pus* (Constituição de Diocleciano, *Vaticana Fragmenta,* § 283; Ulpiano, na L. 55, D., *de solutionibus et lib2rationibus,* 46, 3: "O que solve de tal maneira que recupere não se libera, como se não aliena o dinheiro que se dá de maneira que se recupere" (Qui *sic soluit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienaritur nummi,* qul *sic dantur,* tU *recipiantur);* também, o escólio à Bas. 16, 1, 4, para esclarecimento de Paulo (L. 4, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1). A consequência era a não-existência de todo o negócio jurídico. Procurou E Schulin *(LJber Resolutiubedingungen;* 195 s.) sustentar que a determinação de tempo, se havia de ter eficácia real, seria causa de não-existir (ser nulo, no sentido romano) todo o ato jurídico; mas seriam existentes e eficazes ato e determinação, se a eficácia havia de ser obrigatória. Inadmissível em face do texto dos Vaticana *Fragmenta,* § 283, e da L. 2, C., *de donationibus,* 8, 54

(55). Já 1(. Czyhlarz *(Zur Lebre uon der Resolutiubedingung,* 17) via apenas eficácia obrigacional da condição resolutiva. No entanto, outros juristas afirmavam a eficácia real. Em verdade, tradição, como ato real, não existe, se não está ligada à transmissão; a transmissão mancipativa, *ad tem pus,* era eficaz (cf. L. Mitteis, Rómisches *Privatrecht,* 192). E preciso ter-se em vista a vida econômica dos Romanos ao tempo em que a propriedade era concebida como eterna, não-suscetível derestrições no tempo. O antigo *kis civile* refletia a mentalidade de lavradores e proprietários de terras (cf. Max Weber, *Rãmische Agrargescbicbte,* 116 s.), até que lhes sucederam os possuidores (os *posseiros,* da linguagem brasileira de hoje). A admissão do *tem pus* mostra que o comércio passara àprimeira plana. O que mais interessa é saber-se *por que* o direito romano, que veio a permitir condições resolutivas, não permitiu os termos finais. Razões práticas *(e.g.,* para a *lex commissoria* e a

in diem addictio, cf. O. Karlowa, *Das Recbtsgescbâjt und seine Wirkung,* 113) existiriam também para os termos finais. Certamente, os termos finais limitavam os direitos (A. V. Scheurl, *Zur Lebre von den Nebenbestimmungen, bei den I-?ecbtsgeschãften,* 63; K. Czyhlarz, *Zur Lebre von der Resolutivbedingung,* 7) e as condições resolutivas, não: não faziam um corpo só com a manifestação de vontade, eram *conuentiones,* que deixavam "estendido", no tempo, o negócio, *negotium purum,* segundo as fontes. Tinha-se a propriedade sujeita a termo final como contraditoriamente "limitada"; ao passo que, com a condição resolutiva, continuaria — para os juristas romanos — "ilimitada". Na L. 2, *pr.,* D., *de in diem addictione,* 18, 2, Ulpiano fala de *pura emptio, quae sub condicione resolvitur.* Quanto aos legados, o termo final seria, no direito clássico, causa de inexistência, na opinião de muitos (F. Schulin, *Uber Resolutiubedingung,* 200; B. Windscheid, *Die Lebre des rãmiscben Rechts von der Voroussetzung,* 150), mas K. Czyhlarz *(Zur Lebre von der Resolutiubedingung,* 18 s.) entendia não existente o termo final (riscado), invocando a L. 44, § 1, D., de *obligationibus et actionibus,* 44, 7, e a L. 55, D., *de legatis et fideicommissis,* 30, e encontrando na L. 26, *pr.* C., *de legatis,* 6, 37, inexatidão histórica do legislador sobre o direito pré-justinianeu. A questão, se não é insolúvel, há de ser decidida segundo K. Czyhlarz (cp. L. Mitteis, *Rómisches Privatrecht,* 1, 192; sem valor a argumentação de E. E Bruck, *Bedingungsfeindlicbe Recbtsgescbãjte,* 33-35, e sem base a indireta eficácia imaginada por F. von Savigny, System, III, 219). Quanto ao legado sob condição resolutiva, diz-se o mesmo, invocando-se a Constituição 26

de Justiniano, mas o texto não se presta a tal interpretação (E. E Bruck, *Bedingungsfeindliche Recbtsgeschãfte,* 36). A *hereditatis aditio,* por sua importância econômica (H. Fitting, Úúber den Begriff der Bedingung, *Archiu fLIr die civilistiscbe Praxis,* 39, 344; L. Enneccerus, *Uber Begrifi und Wirkung der Suspensivbedingung,* 55; A.

v. Scheurl, *Zur Lebre von den Nebenbestimmungen,* 303), *e.g.,* o interesse dos credores, repelia condição.

Quanto à instituição de herdeiro, a condição suspensiva foi admitida: "heres et pure et sub condicione institui potest"; a resolutiva era excluída, como o termo final: a opinião mais corrente entende que a condição resolutiva não entrava no mundo jurídico, seria riscada (K. Czyhlarz, *Zur Lehre von der Resolutiubedingung,* 81). No direito moderno, B. Windscheid *(Lebrbuch,* III, 9! ed., 273) deslocou a solução para o terreno da interpretação: seria fideicomisso.

A razão para o Código Civil dar a aceitação à renúncia da herança o tratamento que deu, está em que são atos para se pôr termo à incerteza, e a condição viria criar outra causa de incerteza.

(c) A declaração unilateral de vontade, receptícia, pela qual se suscita a compensação, não é suscetível de termo, ou de condição. Resulta da própria teoria da compensação, sem que se , precise buscar analogia com o pagamento *(Motive,* 11, 108; E. Wagenftihr, *Die Bedingu.ngen,* 27) — tanto mais quanto o ato real do pagamento não é a declaração, que às vezes se torna necessária por ser a prestação consistente em negócio jurídico (= só se pode realizar mediante negócio jurídico, e há casos em que o pagamento pode ser com reserva; cf. Er.

Leonhard, *Die Aufrechnung,* 148, H. lsay, *Die Willenserklàrung im Tatbestande des Rechtsgeschãfts,* 66 S.; cf.

1□. Liebknecht, *Vorbehaltszahlung und Eventuolaujrechnung,* 1 s.). Na reserva de ser existente a dívida, o pagamento é feito com alusão a *condicio iuris* (existência), não há condição; se a essa condicio *iuris* se alude, ao se declarar vontade para a compensação, usa-se da alternatividade da defesa: ou *a,* ou *b,* devendo *a)* ser julgado primeiro. Ê ~ *compensação eventual.* O fundamento está em que o recebedc: da declaração unilateral tem interesse em que se determine, ãe uma vez, o que se *quer,* sem alusão a fato futuro.

A proibição da condição em manifestações e declarações unilaterais recepticias não provém da necessidade de chegarem, precisas e claras, àqueles, que as recebem, tais manifestações e declarações de vontade (sem razão, Fr. Hellmann, *Vortrâge,* 158). Unilateralidade e recepticiedade não exigem que se não acinzente a vontade com a inceúeza. A denúncia (vazia ou cheia), instituto de origem germânica, que evolução posterior acomodou a exigências da vida (W. lminerwahr, Dia Kíindigung, 80 s.), não pode ser condicionada, se bem qu3 haja quem o admita se não há inconveniente para o receptor, ou inconveniência geral. Foi C. Crome *(System,* 1, 437) quem se insurgiu contra a afirmativa absoluta da proibição, que era assente (Otto Voigt, *Bedingung und Befristung,* 27). Não há razão para se mudar de rumo.

Impossibilidade jurídica e condição não admitida. Se ao negócio jurídico ou ao ato jurídico *stricto sensu,* não suscetível de condição, se apõe condição, tal condição pode não ser juridicamente impossível e, pois, não ser nulo o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu.* Se é juridicamente impossível, não basta a fazê-lo válido o estarem de acordo todos os interessados. Não no sendo, o ato jurídico não é atingido. Tal o que acontece se ao casamento, à adoção, à *venha aetatis* ou suplemento de idade, àlegitimação, ao reconhecimento da filiação, se se apôs condição. Outrossim, quanto à transmissão formal da propriedade (cp. arts. 647 e 648); *obter,* quanto à aceitação e à renúncia da herança (art. 1.583).

557

Quanto às declarações unilaterais receptícias, são nulas, se estão em causa interesses alheios e da outra parte *(e.g.,* na alegação de compensação, no exercício dos direitos e pretensões resolutórias, na eleição, se a obrigação é alternativa, nas dívidas de gênero, no exercício do direito de preempção ou de melhor comprador).

Assim, a admissão da condição ou do termo, nas declarações unilaterais de vontade receptícias, dependeria de não lesar interesses legítimos da outra parte ou alheios; *e.g.:* se ao devedor, que está ou vai ficar em mora, o credor, interpelando-o, marca *prazo prudencial,* para, expirado, se resolver o contrato bilateral (art. 1.092, parágrafo único); se há alegação de compensação sob a condição de que o crédito, contra o qual se compensa, venha a ser incluído; quando o titular do direito de resolução, ou de resilição, o exerce sob a condição de que não seja solvido o débito dentro de certo prazo prudencial (ás vezes, a própria lei condiciona as resoluções e resilições, como acontece no direito emergencial sobre locações). No tocante às declarações unilaterais de vontade receptícias, a vedação da condição só concerne ao outro interessado; dai poder ele declarar que se conforma com ela (E. E Bruck,

Bedingungsfeindliche Rechtsgeschãjte, 161 s.). As interpelações, se foram condicionadas, ou com termo, valem: não se atende ácondição. Se o interpelante acrescentou à interpelação “para ter efeito se o devedor se ausentar da cidade até o dia tal do mês seguinte”, a mora se produz ainda se isso não vier a acontecer: o interpelante o quis, e tal condição não ofende interesses gerais, nem alheios, nem do interpelado, mas seria deixar em incerteza as relações jurídicas. Idem, se acrescenta

"para ser eficaz, se não pagar até o dia tal". As denúncias do contrato de trabalho "se já não está habitando a casa o empregado do sítio", ou "se já casou", ou

"se até o dia tal não tiver corrigido o erro no serviço", ou "se o empregado não aceita, daí em diante, que seja dever seu podar as árvores", são denúncias incondicionadas, talvez incabiveis.

Já E Schollmeyer *(Recht der Schuldverhâltnisse,* 122) admitia a condição na interpelação, quando B. Matthiass *(Lehrbuch,* 3º ed., 263), E Endemann *(Lehrbucb,* 1, 614), H. Rehbein *(Das Bdrgerliche Gesetzbuch,* 228) e C.

Crome *(System,* 1, 437) sustentavam o contrário.

§ 543. Condição e princípio da separação

1.

Dúvida objetiva e condição; princípios de separação e de nãocontagiação. Quem condiciona tem dúvida sobre o futuro. Ao realizar-se a condição, a dúvida sobre o futuro — que é objetiva —se desfaz. A dúvida subjetiva, essa, irrelevante para o direito, não atinge a extensão, no tempo, da eficácia do ato jurídico. Para ser relevante, tem de ser inserta no conteúdo do ato jurídico; mas, se tal acontece, não é de condição que se trata.

As condições são mexas ao ato jurídico: não entram na sua estrutura típica, no que E Stein chamava suporte fático "legal". Não são acessórias; fazem um só corpo com o que se manifestou de vontade; são incindíveis dele, salvo se não entraram para o mudo jurídico. E aqui está um dos pontos mais dignos de exame: a condição, entrando no mudo jurídico, não se separa da vontade manifestada, que ela modifica; se não entrou, só se vê, do mundo jurídico, o que se juridicizou, não se vê a condição, e o princípio de não-contagiação incide. O fato mesmo de não entrar no mundo jurídico, entrando a vontade manifestada, separa, distingue. As condições fisicamente impossíveis e as de não fazer coisa impossível têm-se por inexistentes, diz o art. 116, 1º parte; o mesmo é estatuir-se que não entram no mundo jurídico, embora entre o ato cuja eficácia elas pretendiam

condicionar: o ato jurídico é incondicionado, porque elas não entraram; não entrando elas, pré-separaram-se.

Se se fez dependente de condição a eficácia do ato jurídico, ou era possível entrar no mundo jurídico essa vontade de dependentização, ou não no era. Se não no era, não se vê, no mundo jurídico, essa condição, porque nele não está (= não entrou). Se o era, vê-se, porque lá está. Se, em si, é fisicamente impossível, la não está, porque assim estatui a lei (art. 116, 1! parte: "As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossEvel, têm-se por inexistentes"). Se, em si, e juridicamente impossível, mas *entrou no mundo jurídico,* a sua impossibilidade, causadora de nulidade (cf. art. 145,11), contagia-se ao ato jurídico (art. 116, 2º

parte: "As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados"). Fala-se então, de invalidade da condição (e não de inexistência) e de invalidade conseqúente do ato jurídico. Mas, para isso, é preciso que o ne-gócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* e a condição tenham entrado no mundo jurídico. Se o negócio ou o suporte do que seria ato jurídico *stricto sencu* não entrou no mundo jurídico, por ser inexistente, não há problema: condição é determinação mexa, depende, como tal, do ato em que se inclua; se esse não entra, ela, sozinha, não poderia Catrar. Se o ato é jurídico, isto é, entrou no mundo jurídico, mas a condição é incompossível com ele, não ele, mas a condição é que há de ser sacrificada: não entra, é tida *pro non* scripta. E

o *princípio do sacrifício do separável, se incom possível.* Se a condição é compossível, e há ato jurídico, mas

aquela é, em si, impossível, fisicamente, o ato juridico nada sofre, mesmo porque a condição não entra no mundo jurídico. Se ela é juridicamente impossível, mas compossível, ato jurídico e condição são nulos, pelo contágio excepcional da determinação inclusa ao ato jurídico (art. 116, 2º parte). Se o ato jurídico é nulo ou anulável, no todo, a condição, que é determinação inclusa, também o é; se só o é em parte, e nessa parte se inclui a condição, a invalidade é de ambas; se só o é em parte, e não é a essa parte que se liga a condição, sendo a outra parte separável (art. 153, V parte) da parte inválida, a sorte da condição é a da parte válida, a que se ligou. A contagiação era a solução do direito romano para as condições impossíveis e os

proculeianos a estabe-leciam ainda aos atos *mortis* causa. Foram sabinianos que a excluiram nesses atos, contra o *nihilominus legatum mutile exstimant quam stipulationem.* Diz-se que se deve a Sérvio Sulpício; mas o *impossibilis* da L. 46, D., *de heredibus* instituendis, 28, 5, havia de ser posterior ao próprio Alfeno e a condição, segundo Sérvio Sulpicio, não seria inexistente (= nula), mas tida como realizada *(non defici condicione,* L. 6, § 1, D., *de condicionibus et demonstrationibus,* 35, 1).

2. *Condição* ilícita *ou imoral.* Se a condição é ilícita ou imoral, há nulidade, e contagia-se ela ao ato jurídico. O

art. 116, 2º parte, estatui que as condições juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.

Assim, temos igual sorte para os atos e as condições juridicamente impossíveis, as ilícitas e as imorais.

Juridicamente impossível é a condição que tem por fito ato que o mundo jurídico não deixa entrar ou valer, por se contra regras jurídicas: obsta à sua realização a ordem jurídica. Por exemplo: a condição de serem isentos do serviço militar todos os empregados da fazenda locada, a de ser obtida a *venia aetatis* aos dezesseis anos, a de vir a ser instituída no Brasil a monarquia. Tais condições têm de ser apreciadas segundo o estado do direito no momento em que se conclui o ato. Condição ilicita não é a condição juridicamente impossível, não é a condição que não entraria no mundo jurídico, ou que, entrando, seria ilegal (= não conforme o tipo legal do ato); é a condição reprovada pela ordem jurídica, e não somente a que está fora dos limites da lei. Ser ilícito é mais do que ser ilegal ou juridicamente impossíve!. A esse basta a não-conformidade (ajuridicidade ou antijuridicidade); àquele é preciso a reprovação à contrariedade a direito. Têm-se de ordinário como ilícitas as condições contrárias a regras jurídicas cogentes, identificando-se, aí, juridicamente impossível e ilicito; mas tal raspagem de diferenças é insustentável. Em todo o caso, é de se atender àrelação entre a condição ilícita e o contexto do ato, dando-se ensejo à propagação do ilícito ou imoral. A impossibilidade jurídica aprecia-se só, em si. Essa distinção perde valor prático no direito brasileiro, devido à igualdade de tratamento das duas espécies de condições.

3. *Condição* suspensivo *impossível ou* ilícita. Se a condição ésuspensiva,

a impossibilidade jurídica ou a ilicitude ou imoralidade acarreta a nulidade do ato subordinado, todo. A técnica jurídica não admitiu separabilidade, ou não-contagiação. Isso não quer dizer que não tenha admitido a separabilidade das partes do ato e, pois, a não-contagiação da nulidade da parte A, sujeita à condição a, à parte B, ou à parte C, não-condicionada a *a.*

4.

Condição resolutiva impossível ou ilícita. Se a condição resolutiva é só juridicamente impossível, condicionada é a resolução, não o ato jurídico mesmo. Em consequência, a nulidade não atinge o ato, mas a cláusula de resolução. Tratando-se de cohdição ilícita (que Clóvis Bevilacqua, *Código Civil Comentado,* 1, 399, confundia com as juridicamente impossíveis, por desconhecer a diferença entre o limitativo e o reprovativo, o ilegal e o ilícito), a distinção entre suspensividade e resolutividade é sem pertinência, porque se tem de apreciar a relação entre a condição ilícita e o contexto do ato. A condição resolutiva de não casar atinge o ato subordinado a ela; ~ de deixar de ser doutor, se já o é, não no atinge: aquela é ilícita; essa, juridicamente impossível, pela irrenunciabilidade do título. A condição juridicamente impossível éa condição que *iure impleri non potest* (L. 137, § 6, D., *de verborum obligatioruibus,* 45, 1). Não se há de confundir com a *condicio turpis* (ilícita), que é possível. A condição de não casar é possível, mas ilícita; a de matar, também. Não é possivel registrar direito de superfície, pois o sistema juridico brasileiro não no tem; nem é possível a poligamia, ou a poliandria, ou o morgado, ou a execução de nota promissória ao portador, nem é possível a execução forçada da praça pública ou do caminho público. É não mudar de domicílio, mas é *adversus bonos mores* o nar-se fixá-lo onde se está, ou alhures (L. 71, § 2, *condicionibus et demonstrationibus,* 35, 1). possível condicioD., *de* É

preciso, então, não se confundir o juridicamente impossível e o ilícito. No conceituar-se aquele leva-se e m conta a ilegalidade, o ser fora dos limites que a lei traça ao ato (limitação); nesse, há um *plus,* que é a reprovação. Uma das consequências da distinção está em que o ilícito concerne ao conteúdo de todo do ato, que há de ser interpretado, razão por que a ilicitude da resolução pode ser contagiante ao ato todo, ao passo que a impossibilidade jurídica admite a separação da cláusula resolutiva: o impossível jurídico aprecia-se em si mesmo. A diferença entre a impossibilidade absoluta *(e.q.,* si *dígito caelum attingeris)* e a relativa *(e.g.,* pagar

divida já extinta) seria de algum alcance se o tratamento não fosse um so. A solução brasileira é justa, para as duas.

5.

Impossibilidade permanente e impossibilidade transitária. Mais relevante seria a distinção entre impossibilidade permanente e impossibilidade transitória; porém, ainda a respeito da impossibilidade jurídica, não se atende à possibilidade de virem a mudar as regras jurídicas. E isso ressalta na L. 137, § 6, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1 (Venuleio): "Quando alguém houver estipulado sob a condição se Ticio vender casa sagrada, religiosa, ou fórum, ou basílica, e coisas tais, que se hajam deixado ao uso público, com perpetuidade, nos quais casos não se pode adimplir, em direito, a condição, ou não é lícito fazê-lo *(ubi omnino condicio iure* impleri *non potest, vel id Jacere* ei *non liceat),* a estipulação não existirá *(nullius momenti Jore),* corno se se houvesse inserto condição que, de sua natureza, é impossível. Nem ao caso importa que possa mudar o direito e fazer possível, depois, o que agora éimpossível: pois a estipulação há de ser estimada, não segundo o direito de tempo futuro, mas segundo o do presente *(non enim secundurn Juturi temporis ius, sed secundum praesentis aestirnari debet stipulatio)."*

6.

Negócios jurídicos abstratos de adimplemento. Os negócios jurídicos abstratos de adimplemento *(abstrakte ErJú llungsgeschàfte),* se a lei não lhes proibe condição, são subordinados aos arts. 114-122, quando se conceberam condicionalmente (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 293). A condição resolutiva, aposta em negócio jurídico, inclusive de imóveis (art. 647), tem, com o registro de imóveis, eficácia *real.* Note-se, porém, que não é necessário, se o negócio jurídico de direito das obrigações é condicional, que o seja o negócio jurídico de direito das coisas (6. Planck, *Kommentar,* 1, @ ed., 414): pode não ser condicional; pode outra ser a condição.

7.

Impossibilidade gnoseológica, lógica e jurídica. Se a condição suspensiva é juridicamente impossível, ou ilícita, ou contra os bons costumes o seu objeto, o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu,* também o é.

A condição ininteligível e a contraditória são condições logicamente impossíveis. Aquela mais cognoscitivamente do que logicamente impossível: em vez de não se saber o que há de prevalecer, não se sabe o que está dito. Essa, pura impossibilidade lógica: ser, e não ser; sem se saber ao que se há de atender Ali, invencível ininteligência; aqui, dúvida invencível, *a)* A condição contraditória restringiu a eficácia do ato jurídico, e não se sabe em que o restringiu: o espírito livra-se da dúvida, tendo ao ato jurídico mesmo por inexistente. Trata-se o ato jurídico como unidade, quer seja suspensiva, quer resolutiva a condição: não se pode ter a condição como inexistente, e o ato jurídico, não; se bem que não se possa ir até a concepção de H. Fitting (Cjber den Begriff der unsittlichen Bedingung, *Archiv* fOr *die civilistische Praxis,* 56, 424), para quem perplexo é o ato jurídico mesmo. Ora, isso só se dá se a contradição é entre o conteúdo da condição e o ato jurídico; então, a inexistência é desse, originariamente, e não somente por contágio (no mesmo sentido, F. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 565). Todavia, é preciso não nos esquecermos do *princípio da separaçao:* nao se há de sacrificar a parte viva, separável de outra, a que se mexa a condição. *b)* As condições ininteligíveis ou sem sentido contêm impossibilidade gnoseológica: não se podem conhecer; tratam-se, de regra, como as contraditórias: são inexistentes elas e o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu,* salvo se só a parte dele se referem e a outra parte é separável. A impossibilidade lógica entre o ato e a condição não faz inexistente *somente* a condição; condição e ato são inexistentes pela perplexidade. Juliano escreveu: “mutilem esse institutionem..., cum condicio existere non possit” (L. 16, D., *de condicionibus institutionum,* 28, 7).

Condições inúteis são as que nada adiantam à concepção do ato jurídico (E. Riezler, em *J. u. Staudingers Kommentar,* 74 e ed., 1, 596); não são nulas, nem invalidam, exceto se tiram ao ato jurídico a seriedade. A inutilidade delas há de ser apreciada subjetivamente (segundo o que a pôs). Não é preciso que se cumpram se, tornadas supérfluas, o manifestante da vontade não as teria inserto se conhecesse o que lhes sobreveio.

Interpretação das determinações mexas. As declarações de vontade que enchem as condições estão sujeitas ao art. 85, relativo à interpretação dos atos jurídicos. Não é o sentido literal da linguagem o que mais importa, é a verdadeira vontade do declarante, ou dos declarantes. A regra jurídica da L. 19, *pr.,* e da L. 101, *pr.,* D., de *condicionibus* et *demonstrationibus,* 35, 1, que só se referiu às condições dos testamentos *(In condicionibus testamentorum voluntatem potius quam uerba considerari oporteat),* está, „hoje, incluída no art.

85. Sem se conhecer o exato conteúdo da condição não se pode saber, ao certo, se já se cumpriu e quando sa çumpriu. Em se tratando de disposição de última vontade, se a condição é favor a terceiro, a falta culposa de cooperação desse, para que se realize, tem efeito de cumprimento. Não se confunda essa regra jurídica com as do art. 120, alíneas 1º e 2º. Pode entender-se que a inseriram os declarantes, implicitamente, ou explicitamente, nos negócios jurídicos e nos atos jurídicos *stricto sensu;* mas é questão de interpretação do negócio jurídico ou

do ato. Quanto aos testamentos, não; é regra jurídica revelada pelo intérprete da lei sob:e disposições de última vontade. Seja como for, é sempre possível a cominação ao que tem de cooperar. Advirta-se, porém, em que, ainda no tocante a disposições de última vontade, a regra jurídica é interpretativa: o testador pode ter querido outra solução, qual a de que só se cumpriria o disposto pelo testador, se a condição-fato efetivamente se realizasse. - Se há dúvida entre ser suspensiva ou resolutiva a condição, a 1º Câmara do Tribpnal de Apelação de São Paulo, a 4 de outubro dc 1943 *(RT* 149/223), depois de mencionar as opiniões a favor da existênci3 de regra jurídica interpretativa, que manda preferir ora a suspensiva, ora a resolutiva, exceto em se tratando de adimplemento, concluiu pela inexistência, a respeito, de qualquer regra jurídica interpretativa. Adiante, § 544, 7.

9. *O art. 120, alíneas lª e 2ª.* No art. 120, alínea 1º, estatuise: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorece.” Não se precisa falar de adimplemento ficto. Se foi ele impedido, de modo contrário à koa-fé (= maliciosamente), por aquele a quem seria desvantajosa a realização da condição, os seus efeitos se produzem. Tudo se passa no plano da eficácia, no que concerne,

estritamente, à condição. Não se tem por verificada senão para aqueles efeitos (art. 120, alínea 1º, *verbis* "quanto aos efeitos jurídicos"). Ocorre o mesmo quanto à alínea 2º do art. 120:

"Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aqusle, a quem aproveita o implemento." O art. 120 é dispositivo, e não cogente: é questão de interpretação saber-se se era lícito àquele a quem seria desvantajosa impedir-lhe a realização, ou àquele a quem seria proveitosa provocá-la.

~Basta o evitamento culposo ou a provocaçao culposa? Não; é preciso a malícia. isso, no direito brasileiro.

Tirado de Juliano, lê-se na L. 24, D., *de condicionibus et* demonstrationibus, 35, 1: "Recebeu-se em direito civil que, sempre que aquele, a quem (não) interessa implir-se a condição, faz com que ela não se cumpra, se haja por impleta a condição", — *quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quo minus impleatur, ut permnde habeatur ac si impleta condicio fuisset.* Ulpiano reproduziu-o, literalmente, na L. 161, D., *de* 168

diversis regulis iuris antiqui, 50, 17, e por ela se sabe que faltou *o* non ao texto copiado, antes do *impleri.* Os dois juristas frisaram a evolução expansiva da regra jurídica: primeiro, limitada às manumissões testamentárias; depois, estendida a outras disposições testamentárias; finalmente, aos negócios jurídicos entre vivos: Cf. L. 3, § *9,* D., *de condictione causa data,* 12, 4; L. 50, D., *de contrahenda emptione,* 18, 1; L. 5, § 5, D., *quando dies legatorum,* 36, 2; L. 85, § *7,* D., *de verborum obligationibus,* 45, 1: "Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio exsisteret, nihilo minus obligatur." Se o figurante, a quem interessa o não-implemento, ou outrem, a quem interessa o implemento, o obsta, a condição tem-se por impleta, ainda que, depois, o que lhe impediu o implemento se preste a retirar o obstáculo, ou a deixar que se cumpra; basta, pois, o momentâneo impedimento (Miguel de Reinoso, *Observa tiones Practicae,* 454: "... sufficit condicionem semel defectam, licet non duret defectus per momentum temporis"): uma vez que se teve por impleta a condição, ainda que pequeno o elemento obstativo (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* IV, 401), não mais se pode pensar em se desfazer o implemento por força da regra do art. 120, alínea 1º (Agostinho de Bem Ferreira, *Comentário ao Ti* ***t.*** *Digestis de regulis iuris,* 46, 50, 7 a L. 39, na qual, como regra geral, incluía a da L. 161). Pompônio, na L. 39, estatuiu: "In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat." Assim, em todas as causas, tem-se

por efeito aquilo em que por causa de outrem mora houve para não se fizesse.

O art. 120, alíneas 1ª e 2ª, não incide em casos de condicio luris. Neles, pode ocorrer responsabilidade pela chamada culpa *in contrabendo,* ou por infração do contrato.

Se, por disposição de última vontade, a alguém se favoreceu sob condição potestativa negativa, que somente se pode cumprir ao morrer o favorecido (durante toda vida poderia ir contra ela), cabe prestar-se a caução muciana, tornando-se eficaz, imediatamente, a disposição. No direito alemão, tem-se entendido que não há mais a caução muciana, nem *o* seu efeito. Obviamente a essa falta com o § 2.075, segundo o qual, na dificuldade, se interpreta a condição, em tais casos, se há dúvida, como condição resolutiva (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, §

183). No direito brasileiro, mantém-se a caução muciana *(Tratado dos Testamentos,* III, 127- 132).

A 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 4 de outubro de 1944 *(RT* 154/227), entendeu invocar o art. 120 fora da matéria das condições (locatário que incorrera em mora, devido ao locador); mas tal invocação extensiva é inadmissível. Há princípio geral, de que o art. 120 resultou. Tratando-se de mora, nao era preciso invocar-se o princípio geral, nem o art. 120, porque a mora só se produz havendo fato ou omissão imputável ao devedor (art. 963).

Sempre que a condição consiste em ato humano, que haja de entrar no mundo jurídico como ato jurídico, ou

ato-fato jurídico, ou simples fato, é preciso que tal ato seja *externo.* Os atos volitivos ou de pensamento e os sentimentos, que se não exteriorizarem, não podem ser conteúdo de condição-fato. A psique tem os seus fatos inexteriorizados, mas a exteriorização é indispensável à introdução do fato no mundo jurídico como conteúdo da condição-fato. Não se pode contratar com a condição de que B não tenha tal sentimento, tal pensamento, ou tal vontade, posto que se possa contratar com a condição de que B não exprima tal sentimento,

tal pensamento, ou tal vóntade.

A condição-fato é fato jurídico; se consiste em ato, positivo ou negativo, do figurante, nas condições potestativas, ou de outrem, há ato-fato jurídico, — razão por que não está sujeito às regras jurídicas concernerttes aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu.* Não se lhe exige que o seu autor tenha, ao praticá-lo, capacidade de direito e capacidade civil (salvo se tal exigência é conteúdo da própria condição-cláusula); nem lhe pode ser decretada a nulidade ou a anulação (inconfundíveis com a decretabilidade da nulidade ou da anulação da condição-cláusula), qualquer que seja o fundamento. Se a condição potestativa consiste em ato jurídico que o outro figurante, ou terceiro, haja de praticar, o ato jurídico, para que se considere implemento, há de existir, ser válido e ser eficaz; mas, aí, a capacidade e os demais pressupostos do ato jur ídico são pressupostos dele, e não da condição-fato.

Se a condição é casual e o seu conteúdo é ato, *e.g.,* negócio jurídico entre o que o tem de praticar e outrem, os pressupostos de existência, validade e eficácia são de exigir-se; porém são pressupostos do ato, e não da condição, que é fato jurídico stricto *sensu* ou ato-fato jurídico. O negócio jurídico pode ser concluído com a condição de outrem assentir (autorizar, aprovar, ratificar, dar fiança, garantir com hipoteca). Nas disposições a causa de morte, a condição de assentimento de outrem as invalidaria (art. 145, li; arg. ao art. 1.667, IV).

Quem cumpre a condição potestativa não precisa ter conhecido o efeito jurídico do seu ato, positivo ou negativo, nem, sequer, ter querido praticá-lo; *a fortiori,* não precisa ter querido o efeito jurídico.

§ 544. Espécies de condições

1. *Pendência e incerteza.* Nas condições, a pendência e a incerteza são elementos essenciais: ou pende o ser contra o não-ser, ou o não-ser contra o ser; ou há expectativa de ser, ou de não-ser. Não se trata, todavia, rigorosamente, do ser ou do não-ser do fato jurídico, mas de ser ou de não-ser *da eficácia,* no todo ou em parte.

Se o ato jurídico é sob condição, ainda falta elemento fático de que depende a eficácia dele. Não se deve dizer que esse elemento pertence ao suporte fático e lá não estava ao se dar a incidência da regra jurídica e, pois, ao se fazer jurídico o ato. Não há insuficiência, nem deficiência; portanto, o ato jurídico existe e vale (E. Bothe, *Begriff Zweck und Wirkung Der Bedinqungen, 9;* H. Bolten, *Uber Begriff, Wesen und rechtliche Behandlung der aufschiebenden Bedingung,* 33 e 65; W. Holtz, *Der Schwebezustand,* 18), não se podendo confundir o efeito mínimo (mais outros efeitos que talvez já se produziram) e o efeito suspenso *(e.g.,* E. Wagenfúhr, *Die Bedingungen,* 35, que leu mal os *Motive,* 1, 255). Se há deficiência, é por outro défice. A condição somente concerne ao plano da eficácia. O efeito mínimo produziuse; os figurantes estão vinculados, ou o está o figurante. Só o efeito condicionado não se produziu, porque depende. Aquele, a quem o efeito aproveita, expecta, — tem direito a esperar, direito expectativo. Tal direito já é tutelado pelos arts. 121 e 122. Com o advento da condição, surge o direito expectado. Se a eficácia de que se trata, é pessoal, o direito expectativo é pessoal, pode definir-se como direito a crédito, que é efeito de relação jurídica pessoal, não como direito de crédito. O credor não pode exigir a prestação, nem alegar compensação. Tem ação declaratória; tem, ainda, a ação de prestação futura, se há alegação e prova de que o devedor está pré-excluindo ou vai pré-excluir a prestação que, implindo-se a condição, será devida. O direito expectativo égarantível por fiança, hipoteca, penhor ou caução de títulos; e tem o seu titular as medidas cautelares como o titular de quaisquer direitos, salvo se é evidente a dificuldade de se realizar a condição, ou, *a fortiori,* se já afastada. Se o devedor prestar antes de se dar a condição, é repetível o que prestou, salvo se o adimplente sabia que não se havia realizado a condição (M. Horowitz, *Der Anfangstermin im Gegensatz zur aufschiebenden Bedingung nach gemeinem Recht und BGB;* 58; E. Bothe, *Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen,* 24 e E. Wagenfúhr, *Die Bedingungen nach dem BGB;* 36). Se a condição ocorre depois, a repetibilidade cessa.

Se o direito expectativo tem valor patrimonial, é elemento do patrimônio do titular. Por isso: *a)* tal direito pode ser objeto de contrato de seguro; *b)* a transferência dele é a titulo oneroso ou a título gratuito; *c)* pode ser

penhorado, ou arrestado, ou seqUestrado, e é de incluir-se na massa

concursal. Para se determinar o valor do direito expectativo, devem-se levar em conta o valor do direito expectado, a probabilidade da condição e a probabilidade de não se extinguir o objeto do direito expectado. Com a morte do titular do direito expectativo, transmite-se esse aos herdeiros ou legatários. Se a condição se realiza depois da morte do decujo, já o direito expectado nasce ao herdeiro, ou ao legatário. Todavia, se se trata de benefício a herdeiro testamentáriO, ou a legatário, *a* morte do beneficiado antes da realização da condição pode ser causa de caducar a deixa (questão de interpretação), em virtude do art. 1.585, 2º parte, que é regra jurídica dispositiva.

O titular do direito expectativa pode dele dispor. E desse direito, tão-só, que dispõe; deve-se evitar dizer, como faz A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te)!,* III, 306), que, mediatamente, também dispõe do diyeito expectado: porque tal enunciado destruiria, até certo ponto, o conceito de direito expectativo. Se o direito expectadc~ nasce a favor do adquirente do direito expectativo, *e* não do disponente, é porque esse já *não* tem a titularidade do direito expectativo.

Quando o que deve, ou dispôs sob condição susperisiva, presta antes de se verificar a condição, pode repetir o que prestou. Se sabia que a condição não se realizara, a repetição está excluida. Porém não se pode dizer, como E. Wageriftihr (36), que haja, então, sempre, doação. Outra pode ter sido a causa de pagar (W. Holtz, *Der Schwebezustafld,* 21); pode mesmo tratar-se de negócio jurídico abstrato.

Se a condição se cumpriu depois de haver prestado, antecipadamente, o que só seria obrigado a prestar quando se implisse a condição, não há repetibilidadc?, porque exsurgiu a causa e não seria de d:zer-se *Dolo* facit qul *petit quod redditurus est.* Por isso mesmo, já desde o momento em que se adirnpliu a condição tudo se passa como se tivesse nascido o crédito e tivesse sido satisfeito imediatamente.

Pendente a condição, há o direito expectativo; por conseguinte, o devedor condicional (que em verdade ainda não é devedor, pois somente após a realização da condição nasce o crédito) deve proceder de tal maneira que não dificulte nem impossibilite o surgimento do crédito. Tal dever de proceder corresponde ao direito expectativo do outorgado, e não ao direito expectado, que ainda *não* é. São-lhe vedados todos os atos, positivos ou negativos, que façam impossível o cumprimento do dever, do direito, que vai nascer, porque já existe

direito a que, realizando-se a condição, nasça o direito expectado. Por ser tal dever de proceder (positivo ou negativo) somente ligado ao direito expectativo, a violação do dever é sem conseqüêflcias posteriores; e eliminam-Se, *ex* tunc, as que se lhe atribuíram *(e.g.,* eficácia de medidas constritivas assecuratótias, como o arresto), se a condição não se vem a realizar. Se, em vez disso, se realiza a condição, tem o titular do direito expectativo a pretensão à reparação do dano, por ato ilícito relativo, conforme a natureza da relação jurídica (e.g., arts. 865, *867,* 868, 870, 871, 2º parte, 879 e 883, 887, 2! alínea, 1.056- 1.058, 1.192, 1, 1.193 etc.). O dever de diligência, que se teria após o advento da condição, já se tem antes. Todavia, o figurante ou os figurantes podem estabelecer atenuações ao dever de diligência, desde que não se tire todo o efeito ao negócio jurídico *(e.g.,* "as mercadorias serão entregues no estado em que se acharem ao tempo em que se realizar a condição").

Se há condição, nem por isso é de se apreciar a validade do negócio jurídico, quanto à possibilidade da prestação, ou objeto, ao tempo da realização da condição. Se o objeto era possível ao tempo do negócio jurídico, havendo condição, o negócio jurídico vale. Somente é nulo se, no momento de entrar no mundo jurídico o suporte fático, já é impossível o objeto (= ao celebrar-se, já era impossível cumprir-se o negócio jurídico, embora sob condição o efeito negociafl. Todavia, se no negócio jurídico se prevê que a impossibilidade pode cessar e se estabelece a obrigação para o caso de cessar, vale *o* negócio jurídico; salvo se tal cláusula, quando a impossibilidade resulta de lei, implica fraude à lei Se a impossibilidade é posterior ao negócio jurídico, mas anterior à realização da condição, não se podem invocar as regras jurídicas concernerites à inexecução das obrigações. A impossibi lização, qualquer que seja, extingue a obrigação condicional, isto e, o dever correspondente ao direito expectativo, nascendo ao titular do direito a pretensão à reparação, ou o direito à resolução do negócio jurídico, por impossibilitação de adimplemento. Se não houve culpa do comprador, perde o vendedor a pretensão à cootraprestação, ainda que a coisa estivesse com o comprador e se realize, após a perda, a condição. A razão está em que, aí, a tradição não transfere o risco da coisa ao que a recebe, — inconfundível com a espécie dos arts. 620 e 621 (tradição em adimplemento da obrigação do vendedor): não há cumprimento de obrigação que ainda não existe; o que existe é apenas o direito expectativo.

Tratando-se de atos de disposição, com a realização da condição, nasce o direito expectado, isto é, direito ao bem de que se dispôs; se a

disposição foi extintiva (remissão, renúncia), cessa a extinção que se expectava. Se se tem de apreciar a boa-fé, o momento para isso é o em que se pratica o ato de disposição. Se o adquirente do titulo ao portador, sob condição suspensiva, estava de má-fé, no momento em que o adquiriu, fica exposto à

alegação da *mala fides;* não assim se estava de boa-fé e durante a pendência da condição sobreveio a má-fé. A discussão a respeito parte de equívoco; o equívoco de todo se apaga ao precisarmos os termos do problema: trata-se de direito expectativo, que nasceu, ou não nasceu, ao tempo do negócio jurídico; ao realizar-se a condição, nenhuma participação tem mais o seu titular. Com a realização da condição, dá-se a transferência.

Antes, o disponente é o titular do poder de dispor: dela dispõe, reivindica-a, dependendo de eficácia *erga ormes* (por exemplo, em virtude de registro) ou contra o terceiro, adquirente, a exceção *de aquisição condicional anterior;* se bem que não precise de registro ou outra formalidade a *exceção de* aquisição *condicional,* que t;ca ao adquirents condicional, titular do direito expectativo, com posse da coisa, ou ao terceiro, que faz as vezes do titular do direito expectativo (depositário, locatário, servidor da posse), contra o disponente que reivindica. No que se refere a esse terceiro, servidor da posse ou possuidor imediato, com posse oriunda da que tem o adquirente condicional, cumpre observar-se: a) se era permitido, ou não, dar o titular do direito expectativo a outrem a posse imediata, ou o serviço da posse, pelos danos que a coisa cause o terceiro tem o disponente ação contra o titular do direito expectativo, sem se ter de apurar se vai, ou não, perder a coisa, pelo advento da condição; b) se não podia ser dada a terceiro a posse da coisa, ou o serviço da posse, tem o disponente pretensão a que a coisa volte ao titular do direito expectativo, ou a si mesmo, se o titular do direito expectativo não quer ou não pode ficar com a posse da coisa. Na espécie a), o titular do direito expectativo também tem ação: se o objeto da ação é o restabelecimento do estado anterior da coisa, as pretensões coexistem o podem ser exercidas concorrentemente, pela mesmeidade do fim; se o pedido é de indenização, o disponente condicional é que tem a pretensão a receber, mas há a ação do titular do direito expectativo: se exerce a sua, o titula: do direito expectativo é litisconsorte voluntário; se o disponente cuidicional não exerce a sua, exerce a que tem o titular do direito expecbtivo, sendo litisconsorte necessário o

disponente condicional. Não é de afastar-se a hipótese da indenização, pagável, na pendência, ao titular do direito expectativo, por seu interesse na coisa. Não nos esqueçamos de que a ofensa à coisa pode ofender o direito expectativo (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 419; sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* III, 269, nota 42). Realizada a condição, transfere-se a propriedade da coisa ao titular do direito expectativo, com as pretensões à reparação cujo exercício seja conteúdo do dever de vigilância ~por parte do disponente, durante a pendência da condição. A pretensão de cujo exercício não resultana obrigação do disponente não se transfere. Se o titular do direito expectativo tinha ação contra o terceiro, independente da ação do disponente, essa persiste. após o advento da condição.

Se o objeto do negócio jurídico condicional é direito real limitado, nasce o direito expectativo *ao direito real limitado,* não o direito real limitado. O adquirente condicional do direito real limitado pode opor o seu direito expectativo se, durante a pendência, o proprietário pede ratificação do registro; e tem ação declaratória. A natureza do direito expectativo, em tais casos, é de difícil fixação, devido a pouco aprofundamento nas pesquisas. O dono do prédio, A, constituiu a favor de B, sob condição suspensiva, a hipoteca. Com isso, não lhe nasceu hipoteca (hipoteca a favor do próprio proprietário), nem a favor do outorgado, que apenas e titular do direito expectativo. Não há, portanto, ainda, o direito que se expecta. Verdade é, porém, que já existe na propriedade de A o elemento com que se vai criar o direito. Se alguém transfere, condicionalmente, algum direito real limitado, é o transferente, enquanto não se realiza a condição, o titular do direito real: o adquirente é apenas titular do direito expectativo. Se há cessão condicional, credor real é o cedente; pode ele dispor de crédito real; a ele é que se dirige o devedor Antes de se cumprir a condição, o cessionário não é credor real; a prestação a ele não liberaria o devedor, salvo se a condição se realiza. Até que se cumpra a condição, é repetivel o que se prestou. Mas o direito que tem o alienante, durante a pendência, é *diminuído* do que compõe o direito de expectativa do adquirente. A sua situação fica exposta ao risco de que se cumpra a condição. Se pratica atos de disposição e à aquisição condicional foi conferida eficácia *erga ornnes,* ou real, o risco transfere-se ao sucessor. A sua aquisição é eficaz; mas a sua eficácia acaba quando a condição, de que pendia a primeira, se realiza. No instituto do fideicomisso, porém não somente nele, tais princípios são de grande importância.

Entre os atos que perdem eficácia, se forem praticados durante a

pendência, está a cobrança do crédito: realizada a condição, pode o cessionário exigir o pagamento. Por isso mesmo, quando o cedente cobra o crédito, pode o devedor recusar-se a pagar, até que o cedente prove que o cessionário assentiu ou assente na cobrança; se o prefere, pode consignar em pagamento a quantia devida. Se o credor alega compensação, ainda aí o ato de disposição só é eficaz se a condição não se cumprir. Quanto aos atos de aquisição, como se o cedente obteve direitos acessórios para o crédito, que cedera sob condição, são eles eficazes, e transferem-se, se a condição se realiza, ao cessionário. Cumpre, ainda, ter-se em vista que os atos do devedor, em relação ao credor que cedeu o crédito sob condição, são eficazes ainda que se venha a realizar a condição. Se há arresto ou outra medida que leve a disposição forçada, não pode ser atingida a disposição anterior, eficaz em relação ao devedor Se o disponente não tem a posse do bem móvel, ou se o proprietário do imóvel, de que se dispôs, não tem a posse, o arresto ou outra medida constritiva recai sobre a propriedade, inclusive a pretensão reivindicatória. Se tem a posse o adquirente sob condição, o arresto ou outra medida constritiva somente atinge a pretensão reivindicatória, que nasceu ao não se cumprir a condição. O adquirente condicional é sucessor jurídico do

disponente, mas somente após a realização da condição pode invocar a coisa julgada a favor do disponente, salvo se tem de defender o seu direito expectativo.

Quanto à pessoa, a favor de quem o alienante dispôs, depois da disposição condicional anterior, não adquire ela, segundo o art. 530, 1, se não estava de boa-fé. *Aliter,* ao terceiro propriamente dito, a favor de quem dispôs o que adquiriu após a disposição condicional, não se lhe exige boa-fé, porque tem por si a fé pública do registro.

O que adquirira condicionalmente tem, apenas, a ação de indenização contra o disponente.

2.

Condição positiva e condição negativa. Diz-se que a condição é *positiva* quando o manifestante ou os manifestantes da vontade põem como condição o acontecer; *negativa,* quando se põe como condição o não-acontecer.

3.

Condição suspensiva e condição resolutiva. A condição *suspens iva* é a condição inicial: aquela de que depende que se produza o efeito ou se produzam alguns ou n-1 efeitos do negócio jurídico, ou do ato juridico *stricto sensu.* Há *pendência* que *sustém:* a eficácia, ou parte dela, está em suspenso. A dúvida é sobre se se produzirão, os n-1 efeitos, alguns efeitos, ou o efeito. A condição *resolutiva* é a condição final: aquela de que depende que cessem os efeitos, ou alguns ou algum efeito do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu.*

Há *pendência* que não *sustém,* e sim expõe. A dúvida é sobre se cessarão os efeitos, alguns efeitos, ou o efeito.

O credor condicional, tanto é credor, que pode pretender caução e separação dos bens (L. 2, *pr.,* D., *de separationibus,* 42, 6, talvez interpolação; art. 121). Tal crédito entra no concurso de credores e na falência, e participa deles (L. 6, *pr.,* D., *quibus ex causis in possessionem eatur,* 42, 4, aliás em contradição com a L. 14, §

2, também de Paulo, que, sendo as *Questiones* anteriores ao livro XLVII *ad) edictum,* deve ter mudado de opinião). Se o ato jurídico se destina a transmitir ou constituir direito real, esse efeito — se possível a condição suspensiva — só se produz ao se verificar a condição. O ato (art. Jurídico direito é hostil à copdição que prive de toda a eficácia o 115, 2º parte): o ato entra; ela é que não entra no mundo (= não existe).

4.

Eficácia da condição resolutiva. Na conceituação da condição resolutiva, atribuir-se-lhe mais do que a cessação da eficácia seria (se o negócio jurídico se considera como não concluído) excesso, e — pois que o negócio jurídico se concluiu e teve efeitos contraditório. Em verdade, aí, não há *condicio,* mas *conventio* (L. 2, D., *pro emptore,* 41, 4; K. Czyhlarz, *Zur Lebre uon der Resolutiubedingung,* 23 s.), convenção de se resolver o efeito mais o negócio juridico mesmo (leia-se: o efeito mínimo). Não *condiciona le,* mas *purum, quod sub condicione resolvitur.* Se apenas atinge o efeito, atribuir-se à realização da condição resolutiva o considerar-se não concluído o negócio jurídico seria demais, e — pois que o negócio jurídico *continua* — contraditório. Em verdade, a condição resolutiva atinge a eficácia do ato jurídico, *ex nunc:* "verificada a condição (resolutiva), para todos os efeitos, se

extingue o direito" (art. 119). Não há, aí, retroatividade; e a condição resolutória opera como convenção de extinção de efeitos: na condição suspensiva, a eficácia começa; na resolutiva, cessa a eficácia mais o que ela tenha de atingir, no plano da existência, quiçá o próprio efeito mínimo do ato jurídico mesmo. Há, portanto, algo de subentendido: a condição resolutiva corta, no plano da eficácia, a continuidade, mas pode ser que a *conventio,* que nela há, *também* extinga, no plano da existência, o ato jurídico mesmo, por ir cortar-lhe todo efeito, inclusive a vinculação; e é o que acontece, mas só praticamente, quando toda a eficácia é atingida, sem qualquer ressurreição possível. A condição resolutiva opera no plano da eficácia dos atos jurídicos *ex nunc,* ou extingue *todos* os efeitos do ato jurídico para sempre. Aqui, identifica-se, vulgarmente, a extinção de *todos* os efeitos, para sempre, com a extinção do fato juridico: não é mais aquilo de que nada sobrevive *(principio prático da posteridade necessária á existência do fato jurídico).* Mas esse princípio é somente prático, aproximado. Em verdade, a condição resolutiva só atingiria o ser do ato jurídico (plano da existência) em virtude desse princípio. Se, por vezes, se diz que, com o advento da condição resolutiva, "se resolve o negócio jurídico", é porque se omitiu a incidência do princípio: diz-se que se resolve o negócio jurídico onde seria de dizer-se "resolvem-se todos os efeitos, para sempre, e pois, em virtude do princípio da posteridade necessária à existência do fato jurídico, deixa de existir o fato jurídico". Comparando-se o que se passa com as condições resolutivas, quando atingem toda a eficácia, e o que se passa com as nulidades, vê-se bem que o direito tolera que entre no mundo jurídico o suporte fático deficiente, com a consequência da nulidade do ato jurídico, que, de regra, não produz nenhum efeito, mas repele que se confunda a resolução de toda a eficácia com a resolução do ato jurídico mesmo. Por quê? Porque o nulo, se bem que ainda esteja exposto a que a lei sanatória o faça válido, com a decretação da nulidade cai no não-ser, ao passo que a resolução de toda a eficácia, sem ressurgimento possível de efeito, é a negação mesma da posteridade eficacial do ato jurídico, porém não dele mesmo.

A transferência da propriedade sob condição resolutiva opera-se como a da propriedade incondicional (acordo de transferência e registro, com a transferência da posse, art. 520, II). A transferência da posse pode ser por

meio do constituto possessório (art. 520, V), ou pela cessão da pretensão reivindicatória (art. 621). Ao cumprir-se a condição, o que é titular do direito expectativo recebe o direito expectado (a propriedade) e tem direito de exigir do que era proprietário, ou de quem dele recebeu a posse, que lhe entregue a coisa. Se, durante a pendência, foi alienada a propriedade, a ação é contra esse adquirente.

Se o crédito condicional foi cedido, o cessionário passa a ser o titular do direito expectativo, em lugar do cedente. Se a condição se realiza, nasce-lhe o crédito expectado; de modo que o cedente, em tais circunstâncias, teve apenas o direito expectativo, — nunca foi credor. No entanto, se não houve a notificação do art. 1.069, nem se tem por ciente da cessão, o devedor cedido, que paga ao cedente, se libera. O direito expectativo está sujeito à penhora, a arresto e a seqUestro. Para a penhora e o arresto, em se tratando de coisas vendidas com reserva do domínio (cp. W. Hein, *Duldung der Zwangsvollstreckung,* 209 5.; Arn. Brecht, Bedingung und Anwartschaft, *Jherings Jahrbíicher,* 61, 295 s.), discute-se como se há de proceder: se *a)* à semelhança da penhora ou do arresto de coisas, ou se *b)* à semelhança da penhora ou do arresto de direitos. Para se fundamentar a opinião *a),* argumenta-se que é a coisa que, no final, será objeto do direito expectado. Para se fundamentar a opinião *b),* redargúi-se que se penhora ou se arresta o direito expectativo, e não a propriedade.

Há, ainda, a opinião *c),* que é a dos que combinam as regras jurídicas concernentes às duas espécies de penhoras ou arrestos, a penhora ou arresto de coisas e a penhora ou arresto de direitos. A penhora ou o arresto, segundo a opinião *d),* faz-se conforme a natureza do direito expectado (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* III, 308). Em tudo isso há confusão. O que se penhora ou se arresta, opinião *e),* éo direito expectativo; as medidas para a eficácia do arresto é que dependem da natureza do direito expectado, mas, principalmente, da eficácia mesma do direito expectativo (só entre outorgante e outorgado; *erga omnes;* real). Se houve duas ou mais penhoras ou dois ou mais arrestos, há a gradação pelo tempo em que foram feitos, embora ainda não se houvesse cumprido a condição. O arresto posterior à realização dela entra na ordem, com os arrestos do direito expectativo. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto às penhoras. O direito expectativo é arrestável e penhorável ainda a pedido do devedor ou alienante. De modo nenhum se trata de arresto ou penhora de direito próprio ou de coisa própria. O que se arresta ou penhora é o direito expectativo. Se o devedor ou alienante arresta ou penhora a coisa, deu como cumprida a condição.

Na falência, os atos de disposição do direito expectativo podem ser relativamente ineficazes, se ocorreram no tempo em que têm de ser considerados tais, ou revogados, segundo os princípios.

O estado de pendéncia, quando há condição resolutiva, é a semelhança do que se passa nas espécies em que é suspensiva a condição. Também aí o ato jurídico é desde já e produz, pelo menos, o efeito vinculativo; mas, à diferença do que acontece com os atos jurídicos sob condição suspensiva, o efeito condicionado ou os efeitos condicionados produzem-se desde logo, para cessarem se e quando se realizar a condição. Então, volve-se ao estado anterior ao ato juridico. Uma vez que o direito está exposto a essa volta, é menor o seu valor do que o valor do direito que não pende de condição resolutiva; mas é valor de direito atual, e não valor de direito futuro.

O futuro é que o ameaça. A pessoa que vai receber o direito, caso se realize a condição, é que expecta: há o direito expectativo à reversão, no que se parece e se distingue do direito expectativo em caso de condição suspensiva. Tratando-se de direitos creditórios, a resolução extingue o crédito: realizada a condição, somente há restituição do que foi prestado (inclusive frutos) se tal cláusula foi acrescentada ao negócio jurídico. Em caso de dúvida, entende-se que as prestações periódicas, anteriores ao advento da condição, não se devolvem. Se há a cláusula de devolução, tem o que é titular de tal direito expectativo pretensão àsegurança. Tratando-se de atos de disposição, o adquirente é proprietário, como qualquer outro. O adquirente condicional, se há condição suspensiva, ainda não é, propriamente, adquirente; só adquire se a condição se realiza. E por abreviação que se lhe chama adquirente condicional, — é pessoa que, se se cumprir a condição, adquirirá. Se há condição resolutiva, não: o adquirente exposto à condição resolutiva já é adquirente. Tem posse; não épossuidor imediato, de modo que se tivesse de considerar possuidor mediato o disponente. Com o advento da condição, todo o direito, que se adquirira, cessa; simultaneamente, nasce o direito do que resolutivamente dispusera. O

disponente pode vir a ter contra o adquirente pretensão à reparação do dano. Os atos do adquirente, que prejudicariam ou impossibilitariam o direito que o disponente volve a ter, são, ao realizar-se a condição, ineficazes contra o disponente *(Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum).* Se houve cessão sob condição resolutória, não tem eficácia a cobrança, se a condição se cumpre, razão assaz para que o devedor possa exigir assentimento do cedente

se o cessionário cobra o crédito.

O direito expectativo do disponente sob condição resolutiva é transferivel a causa de morte e entre vivos. Tudo se passa à semelhança do que se expôs a respeito de condição suspensiva. O disponente, A, com direito à reversão se a condição se realiza, pode dispor do direito expectativo, a favor de C; realizando-se a condição, a propriedade passa a C, e não a A.

557

O implemento da condição resolutiva também tem eficácia *ipso iure.* Não importa se o outorgante ou o outorgado conheceu, ou não, a realização, ou se a quis ou não na quis. A resolução opera-se; portanto cessa a eficácia do negócio jurídico. O direito, que se transferira, passa a pertencer ao transferente; a propriedade volve ao outorgante, de modo que o outorgante tem, desde o advento da condição, pretensão reivindicatória. O

direito, que se achava na massa concursal do outorgado, acaba; se há massa concursal do disponente, nela entra o direito que se transferiu, *ipso iure,* a ele. A eficácia é *ex nunc,* e não *ex tunc.* O que no passado se produziu toca ao adquirente, inclusive o que o devedor prestou tempestivamente; desde o implemento da condição, tudo ocorre com o titular do direito expectativo, ora titular do direito expectado. Se foi conferida retroeficácia à condição resolutiva depende do que foi estipulado; porém a eficácia só é real se o direito das coisas o permite, satisfeitos os pressupostos materiais e formais.

5. *Resolução e eficácia* ex tunc. A propósito da condição resolutiva, entendeu-se até há pouco que seria mais acorde com a tradição e com a sistemática jurídica que a regra sobre a eficácia da condição resolutiva lhe reconhecesse a retroatividade. As fontes romanas distinguiram *ususfructus ad condicionem constituitur (Fragmenta Vaticana,* § 50), que termina ao chegar a condição (aliás, termo final incerto), e *emptio sub condicione resoluitur,* em que há verdadeira condição resolutória, pois que o efeito juridico, antes existente, se tem como se nunca houvesse existido. Ali, não há dúvida sobre o efeito querido: produz-se; apenas, eventualmente, pode cessar (termo final incerto, cf. 1(. Czyhlarz, *Zur Lebre uon der Resolutiubedingung,* 6-31).

A antinomia, que acima apontamos, resulta de ter o Código Civil brasileiro, na esteira de outros, englobado sob o mesmo nome (condição resolutiva) a condição resolutiva verdadeira e o termo final incerto, submetendo-os a igual regra jurídica dispositiva, que é a do art. 119: "Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe." Em linguagem técnica, dirse-ia: "Se for final a condição, enquanto ela não se realiza, o ato jurídico produz todos os efeitos, inclusive aquele ou aqueles efeitos subordinados à condição, com a conseqüência de poderem ser exercidos o direito, a pretensão, ação ou exceção que caiba na eficácia condicionada. Verificada a condição, a eficácia condicionada cessa." *t* a regra jurídica peculiar ao termo final incerto, estendida às condições resolutivas verdadeiras, com o alargamento do conceito de condição resolutiva (condição resolutiva verdadeira mais termo incerto final).

Melhor seria chamá-las "resilitivas", porém teria isso o inconveniente de só se adotar, tardiamente, o nome condição resolutiva para as verdadeiras, para as que, a rigor, *re-solveni.*

O direito de resolução é outra coisa. Esse ou é direito formativo de resolução, ou de resilição; e não só — frise-se bem — direito expectativo.

Cumpre que se não confunda a condição resolutiva com o direito de resolução por inadimplemento, nos contratos bilaterais (art. 1.092, parágrafo único). Na espécie do art. 1.092, parágrafo único, não há qualquer condição; há apenas incidência de regra jurídica concernente aos contratos bilaterais, devido à dependência entre as prestações (errado o acórdão da 5º Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 14 de junho de 1949, *Ai* 93/67, que considerou condição resolutiva o estabelecer-se o pagamento da venda e compra em promissórias, pois, aí, não paga alguma delas, o que se dá é o inadimplemento, com a incidência do art. 1.092, parágrafo único; confusão semelhante, no acórdão da V Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 26 de dezembro de 1945, á 28/55).

Na concepção que dominava a doutrina do século passado, tinha-se a condição resolutiva como o reflexo (enantiomorf ia) da condição suspensiva a favor do outorgante, em negócio jurídico simultâneo e ligado ao negócio jurídico básico. Exagerava-se, com isso, o papel da

condição suspensiva. Assim, B. Windscheid *(Lebrbucb,* 1, 9º ed., 455 s.) explicava a condição final como declaração de vontade *anexa,* suspensivamente condicionada, que tende à revogação dos efeitos da declaração principal de vontade. Vinha de longe tal artifício (A. F. 1 Thibaut, Ciuilistische *Abhandlungen,* 359 5.; A. v. Scheurl, *Beitróge,* 110 s.; 1(. Czyhlarz, *Zur Lebre* von *der Resolutivbedingung,* 23 s.; E Schulin, *tiber Resolutivbedingungen und Endtermine,* 37; E

Adickes, *Zur Lebre von den Bedingungen,* 35 s.; O. Karlowa, *Das Recbtsgescbdft,* 94 s.). O Código Civil brasileiro não se presta a essa afirmativa da *conuen* tio, em vez da *condicio.*

Se há condição resolutiva da transmissão, ou a sucessão se apaga, porque volta ao transmitente o bem, ou passa à terceira pessoa (como se dá nos fideicomissos), mas, aí, a sucessão é entre A e B e C: o segundo adquirente é sucessor do transmitente, e não da pessoa que adquiriu o direito no tempo intermédio.

557

No art. 119, parágrafo único, diz-se: "A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo." A IA parte do art. 119, parágrafo único, apenas explicita que se pode manifestar tacitamente a vontade, tratando-se de condição resolutiva. Não mais do que isso. Já sabemos o que são manifestações tácitas de vontade. Na V parte, atribui-se eficácia *ipso iure* à realização da condição resolutiva expressa: impleta, opera-se o seu efeito. Se é tácita a condição resolutiva, tem de preceder interpelação para que comece a eficácia da condição realizada. E isso o que está escrito e só isso se há de entender Pouco afeitos ao trato das condições tacitamente mexas, alguns juristas pensaram no art. 1.092, parágrafo único (resolução ou resilição por inadimplemento), onde de modo nenhum se trata de condição: a condição geraria direito expectativo a favor daquele que não tivesse o direito atual, ao passo que, no que se refere ao art. 1.092, parágrafo único, o direito do contraente, nos contratos bilaterais, nasce do inadimplemento da prestação e é direito formativo gerador, que se exerce por ação e nada tem com a interpelação do art. 119, parágrafo único. A interpelação é de mister se há condição resolutiva tácita; se não se trata de condição resolutiva, mas de direito de resolução, ou de resilição, por inadimplemento, é preciso que se proponha ação, a fim de que o juiz desconstitua o negócio jurídico.

Não se tem de interpelar, previamente, se a mora, na espécie, se opera *ipso fure.* A confusão entre condição resolutiva e direito de resolução ou de resilição é grave em alguns acórdãos, principalmente.

6.

Condição suspensiva e eficácia. Muito se discutiu se o implemento da condição suspensiva tem retroeficácia. Não é a mesma a questão de se saber se o figurante ou os figurantes lha podem atribuir, *a)* Alguns entendiam que a retroeficácia (retroatividade) seria a regra; e tinham de admitir que, ao tempo do implemento, e não ao da conclusão do contrato, se havia de precisar a eficácia da manifestação da vontade assim, (W. Seil, *Uber bedingte Traditionen,* 5 s.; 1(. Art. von Vangerow, *Lehrbucb,* 1, 6º cd., 164-166, tendo mudado na P ed., 142 5.; C. G. von Wàchter, *Pandekten,* II, 708 5.; H. Fitting, *Uber den Beqriff der Ri2ckziebung,* 33-45, exceto nos legados, tendo mudado, depois, de opinião, quanto à propriedade em geral, como L. Arndts, *Lebrbuch,* 8º

ed., 93, nota 4, que se corrigira desde a 4º ed.; J. Unger, *System,* II, 70 s.; R. Rômer, *Die bedingte Nouation,* 73-84). Uns poucos distinguiam existência, a que a retrotração se referia, e exercício, que seria *ex nunc.* A retroeficácia destruindo o ser que foi seria contradição. Não se vadeia assim, reversivelmente, no plano da existência. O ser não se condiciona (Brackenhóft, Der Zustand der bedingten Obligation, *Zeitscbrift fúr Zivilrecht und Prozess,* IX, 111 sj. A condição só pode concernir a efeitos. *b)* Contra a retroatividade pronunciaram-se: B. Windscheid *(Die Wrkung der erfúllten Bedingunq,* 5 s.); O. Schônemann (Uber das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschãfte, *Zeitscbrift fOr Ziuilrecht und Prozess,* 19, 243 5.); em 1862, E

Fárster, inclusive nas edições póstumas de M. E. Eccius, 1, 194 5.; mas, recentemente, Fr. Eisele (Das Dogma von der rockwirkenden Kraft, *Archiu fOr die ciuilistiscbe Praxis,* 50, 253 s.), O. Wendt *(Die Lebre vom bedinqten Rechtsgeschàft,* 96 s.), Fr. Adickes *(Zur Lebre uon den Bedingunqen,* 91 s.), e E Regeisberger *(Pandekten,* 1, 573).

A opinião que considerava a *condição* manifestação de vontade *anexa,* de modo que haveria duas manifestações de vontade, declaradas, no negócio jurídico, teve por si o Código Civil francês, art. 1.179, 1) parte ("La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l"engagement a été contracté"), italiano, velho, art. 1.170, e novo, art. 1.360 ("Gli effetti dell"avveramento della condizione retroagiscono aí tempo in cui é stato concluso ii contratio [1606], salvo che, per volontà delle parti o per la natura dei rappodo, gli effetti deI contratto

o della risoluzione debbano essere ripportati a un momento diverso [1458, 17542]"), espanhol, art.

1.120, português, art. 276º, 1º parte, argentino, art. 543 ("Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen aí dia en que se contraio"), uruguaio, art. 1.427. Contra, o Código Civil alemão, § 158, IA alínea (condição suspensiva), V alínea (condição resolutiva), Código suíço das Obrigações, e a:t. 151, e japonês, art.

127. No Código Civil holandês, art. 1.299, e no boliviano, art. 772, que cometeram o erro de pôr no conceito de condição a subordinação a fato passado ou presente, não se dispôs sobre a retrotração para a verdadeira condição.

Por influência de leituras francesas, a despeito de não termos a regra jurídica francesa, sustentaram a retroação, no direito brasileiro, Clóvis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* 1, 3º ed., 363 s.), E. Espínola, *Manual,* III, Parte 2º, 340 e 342), Lacerda de Almeida *(Obrigações,* 160) e outros. Entendiam que a regra jurídica seria interpretativa, e, não na havendo na *lex lata,* a retroação é que se impõe ao intérprete. Todavia, o último excluia que apanhe a condição nos contratos reais e as condições potestativas.

Ora, se o intérprete tem de revelar regra jurídica, essa é a de não-retroatividade. Ter-se-á de discutir se essa regra juridica é para o caso de dúvida, ou para o caso de falta de manifestação de vontade. Ali, seria interpretativa; aqui, dispositiva. É falso que a retrotração seja elemento do conceito de condição; o próprio adjetivo "resolutória" aposto à condição final é compreensivo de condição resolutória *proprio sensu* e da

resilitória. Certo estava M.1.Carvalho de Mendonça *(Doutrina e Prática das Obrigações,* 1, 2º ed., 259-261) em repelir a retrotração da condição suspensiva.

O direito brasileiro não conhece nem admite qualquer retroeficácia, em se tratando de direitos reais. No terreno dos direitos de crédito, o figurante ou os figurantes podem estabelecê-la para o caso de se implir a condição suspensiva, ou resolutiva. Se resolutiva, então é que, em

virtude de tal cláusula especial, a condição é verdadeiramente resolutiva, porque, de regra, ela só é resilitiva, e o adjetivo „resolutiva" só lhe é aposto no sentido geral em que também se empregou no art. 1.092, parágrafo único, o substantivo "resolução". A atribuição de retroeficácia é parte do conteúdo do ato jurídico.

Quanto à condição resolutiva, E. Windscheid *(Lebrbucb,* 1, *9º* ed., 473 5.; antes, *Die Wirkung der erjúllten Bedingung,* 24), exagerando a simetria entre a condição suspensiva e a resolutiva *(verbis* "em caso de não-implemento da condição suspensiva, não se quis qualquer efeito jurídico"), entendeu que se há de ter como retroeficaz a condição resolutiva impleta. Tinha por si os textos romanos quanto a frutos *(e.g., Vaticana Fragmenta,* § 14; L. 4, § 4, L. 6, *pr.,* e L. 16, D., *de in diern addictione,* 18, 2). Porém a retroeficácia seria apenas no plano obrigacional; isto é, nasceria, a favor do readquirente, pretensão pessoal. Contra a retroação insurgiram-se W. Muíler e outros. Mas alguns só não a admitiam quanto aos direitos reais (e.g., Fr. Adickes, *Zur Lebre von den Bedingungen,* 107; O. Karlowa, *Das Rechtsgescbãft und seine Wirkung,* 97 s.; O. Wendt, *Die Lebre vom bedingten Recbtsgescbàft,* 100 s.).

Tratando-se de negócio jurídico de eficácia só pessoal, com o implemento da condição nasce o crédito, a pretensão, a ação, ou a exceção. Tudo é irradiação para o futuro. Daí o risco ficar com o outorgante, que tem consigo a coisa, até que se dê a condição. Ainda nos legados, a devolução é somente ao cumprir-se a condição.

Tratando-se de ato de disposição, sob condição suspensiva, o direito só pertence ao outorgante até que se realize a condição; de modo que o fundamento dos arts. 121, 122 e 647 não é a retroeficácia, mas o já existir, desde que se perfez o negócio jurídico, direito expectativo. (Não no há em caso das deixas testamentárias, porque o testamento só produz os efeitos dispositivos e creditórios a partir da morte do testador.) A retroeficácia conferida, negocialmente, à condição somente tem caráter pessoal; terceiros não são atingidos. Daí se tira que se foi estipulado que os frutos pendentes seriam adquiridos pelo outorgado da disposição condicional, nem por isso deixam de entrar no patrimônio do outorgante; a esse tocam o dever e a obrigação de prestá-los ao outorgado, o que é assaz importante em caso de falência do outorgante. Se a retroeficácia foi estabelecida na cessão condicional, nascem ao cedente o dever e a obrigação de prestar o que o cessionário adquirida se a acessão tivesse sido pura, mas, em relação ao devedor, o cedente é que é o credor até que se dê a condição.

Todavia, a notificação ao devedor pode conter notificação de outorga de poder para recebimento do que durante a pendência tiver de ser prestado, sem que com isso possa sofrer a relação jurídica entre o devedor e o credor pendente a condição *(e.g.,* compensação de dívidas). E preciso não se confundir o direito expectativo e o direito expectado; já houve a vinculação, o que pende é o direito expectado. Se o outorgante da cessão cede os frutos pendentes, incondicionalmente, é outro pacto, que nada se identifica com o negócio condicional, se bem que junto a ele, no mesmo instrumento.

7.

Questão de ser termo ou de ser condição a determinação mexa. Se se trata de termo, ou de condição, ou se a condição ésuspensiva, ou resolutiva, é questão de interpretação. Para se decidir, têm-se de levar em conta os interesses, que estão em causa, e os resultados. Se há dúvida a respeito de ser suspensiva, ou resolutiva, a condição, discute-se se há regra jurídica interpretativa não-escrita, que faça pender o intérprete para aquela, ou para essa: *a)* uns entendem que não cabe qualquer regra juridica interpretativa, se a lei não a dá (H. Dernburg, A. von Tuhr); *b)* outros, que existe, não-escrita (G. Planck, L. Ennccerus), a favor da condição suspensiva; posto que *c),* no direito comum, alguns juristas, invocando a L. 1, D., *de lege commissoria,* 18, 3, e a L. 3, D., *de contrabenda emptione,* 18, 1, sustentassem a existência de tal regra, mas a favor da condição resolutiva. O

argumento dos que pugnam por *a)* é o de sã :e poder preferir a interpretação que, por seu resultado, melhor corresponda às circunstâncias, excluída qualquer presunção (H. Dernburg, *Das Borgerliche Recht,* § 150,11; A.

von Tuhr, *Der Aflgememne Teu,* III, 274). O argumento dos que pugnam por *b)* é o dc só se poder supor resolutiva a condição quando haja intenção disso, de modo que é mais adequado supor-se suspensiva (L.

Enneccerus, *Lehrbucb,* 1, 30~-34º ed., 494). A invocação da L. 1 (Ulpiano), D., *de lege commissoria,* 18, 3, e da L. 3 (Ulpiano), D., *de contrabenda emptione,* 18, 1, é de repelir-se: seria generalizar-se o que só se refere *à lex commissoria.* Nessa, não seria plausível que se submetesse ao cumprimento do contrato o começo da eficácia. Não se há de generalizar o especial.

A opinião certa é *a),* e não *b);* a opinião *c),* sem qualquer base.

557

Há nas legislações condições que, em virtude de regras jurídicas dispositivas, ou interpretativas, se hão de entender suspensivas, ou resolutivas. No direito brasileiro, são exemplos: *a)* Na venda a contento, a condição é suspensiva (art. 1.144), se no contrato não se lhe tiver dado, expressamente, o caráter de condição resolutiva. A regra do *art.* 1.144 é *tus* dispositiuum, ao passo que a do §495 do Código Civil alemão é *ius interpretatiuum. b)* A venda e compra de lotes de terrenos segundo o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, é em pré-

contrato. Não se tratando de terrenos loteados, a condição é resolutiva, porque se não admite a suspensiva (arg.

ao art. 647). Admitir-se-ia pré-contrato. Na venda e compra de bens móveis, com reserva de domínio, a condição é suspensiva (Decreto-Lei nº 1.027, de 2 de janeiro de 1939, art. 1º Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 129, 5º); conseqüências: a propriedade não se tem de transferir desde logo, e sim no futuro; não é possuidor em nome próprio *(Eigenbesitzer),* e sim apenas possuidor em nome alheio, como o administrador e o depositário, ou o credor pignoratício. Acontece o mesmo se a coisa lhe foi transferida sem o registro do contrato de venda, ou se houve registro e não houve a tradição (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 777). O vendedor obriga-se, exatamente, a transmitir a propriedade e fazer possuidor em nome próprio o comprador, nos termos do contrato. Se, nas disposições de última vontade, se faz depender de ação ou omissão do beneficiado a sua eficácia, deve-se entender resolutiva a condição; nem seria preciso que o Código Civil o previsse (previu-o o Código Civil alemão, § 2.075).

Nos negócios jurídicos, com reserva do domínio, sobre bens móveis, há-se de entender, dispositivamente, que houve condição suspensiva (para A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III, 274, a regra jurídica seria interpretativa). Na venda a contento, o art. 1.144 é explícito: „A venda a contento reputar-se-á feita sob condição suspensiva, se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de condição resolutiva." Nas disposições a causa de morte, se a condição é abstenção do beneficiado, ou atuação continua, há-se de entender final, ainda que se fale de suspensão.

8.

Condições casuais e condições potestativas. O princípio é o de poderem as condições serem deixadas, em sua realização, ao que as pós, ou à outra parte. As condições ou *a)* são *casuais,* porque constituem acontecimento estranho à vontade das partes, ou do manifestante da vontade, *e.g.,* nas doações *mortis causa,* a sobrevivência do donatário, ou *b)* são *potestativas,* se o acontecimento incerto, só, ou em parte, depende da vontade do manifestante da vontade condicionada, ou daquele a quem se dirige. No art. 115, diz-se: "São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não veda expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes." A P parte do art. 115

enuncia princípio da licitude das condições, exceto se a lei expressamente as veda. Faltou acrescentar: ou se resulta da natureza da própria condição. Tal como está no art. 115, IA parte, o principio levaria à casuística do ilícito; e claro é que, mesmo no sistema do Código Civil, o conceito do ilícito é geral, de modo nenhum coincidente, em toda a extensão, com o vedado expressamente em lei. Não há regra juridica expressa, que proiba a condição de não se casar, e nem por isso é lícita, em todos os casos.

(a) A condição potestativa pode consistir em qualquer ato, positivo ou negativo, de um dos manifestantes da vontade, ou do único. Se o ato só é dependente da vontade, há *condicio si voluero,* condição potestativa (pura).

Se o negócio jurídico bilateral submete à vontade de um dos manifestantes da vontade, a seu puro arbitrio, a eficácia do negócio jurídico bilateral, no todo, ou em parte, há *condicio si uoluero* para esse manifestante, e não para o outro, ou outros, que ficam, desde o inicio, vinculados. A situação é inconfundivel com a do manifestante ou dos manifestantes, nas ofertas em que o oferente se liga, desde logo, e ao destinatário cabe aceitar, ou não, ou com a da *invitatio ad ofjerendum,* em que o manifestante ou manifestantes se reservam retirar a "oferta sem obrigatoriedade", que, em verdade, é mero convite sem oferta. Ali, o ofertado vai querer pela primeira vez; aqui, o "oferente" (termo impróprio, na espécie) ainda não quis juridicamente, — mero convidante, "ofereceu", sem se obrigar (no direito contemporâneo), isto é, sem se privar do poder de revogar *depois* da chegada ao destinatário (art. 1.081,1V), ou da resposta (art. 1.081,1 e 111), ou do

decurso do tempo suficiente para chegar a resposta. Aqui, o sistema jurídico não tem como oferta a "oferta sem obrigatoriedade", isto é, não dá entrada no mundo jurídico à"oferta sem obrigatoriedade", deixa do lado de fora a *inuitatio ad oflerendum,* convite ao destinatário a oferecer. Oferente, juridicamente, será esse; não no foi aquele. Na condição potestativa, já se deram as manifestações de vontade, e a manifestação de vontade, que realiza a condição, não é aceitação, nem resposta, mas fato que vem fazer operar-se a eficácia do ato jurídico. Uma das consequências é a de não se submeter à forma especial, exigida ao negócio jurídico, ou ao ato jurídico *stricto sensu,* a manifestação de vontade que realiza a condição.

O negócio unilateral, o ato *stricto sensu,* ou o contrato unilateral, ou bilateral, condicionado potestivamente, só

depende da vontade do manifestante, ou dos manifestantes, com o poder de realizar a condição. A sistemática jurídica tem de responder àquestão: ~Qual a sorte de tal negócio unilateral, ato jurídico *stricto sensu,* ou contrato unilateral, ou bilateral?

Em 1898, Fr. Leonhard (WillkUr tind Willenserldârung, *Jherings JahrhiUcher,* 39, 174 s.) defendeu a admissibilidade da condição potestativa pura do devedor. Já antes H. Fitting (Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, *Zeitschrift fOr das gesamte I-Iandelsrecht,* II, 232 s., e V, 153 s.) havia mostrado que a inadmissibilidade da condição si *volam* era, em direito romano, excepcional. Na L. 46, § 3, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, Paulo disse que a condição *si volueris* impedia o vínculo *(stipulationem si volueris, dari mutilem esse constat).* Se a *condicio* entrega ao que seria devedor, obrigado, demandável, ou exceto, o poder de tolher toda a força ao ato jurídico, — divida, obrigação, ação, ou exceção não há. Não há, aí, *arbitrium bani viri;* nada custaria ao que a aceitasse, nenhum bem da vida, nenhum esforço; nenhuma diminuição haveria na sua esfera jurídica: vincular-se-ia, obrigar-se-ia, e desvincular-se-ia, desobrigar-se-ia, arbitrariamente. Ser e não-ser, ao seu talante, pois que a condição foi aposta in *debitoris potestate.*

No direito romano, distinguiam-se as potestativas puras (si velit), as que o não eram e as que se podiam apor como condição, ainda *si velit,*

havendo interesse substancial. Alguns autores falaram da proibição das potestativas só da parte do devedor; mas Fr. Leonhard (WillkUr und Willenserklãrung, *Jherings Jahrbúcher,* 39, 188) advertiu em que se trata de uma dessas frases que enchem a velha herança dos axiomas, repetidos sem devido exame. O Código Civil francês, arts. 1.170 e 1.171, definiu a potestatividade; e proibiu-a da parte do devedor: a despeito, porém, da supressão de *uniquement,* que se riscou, entende-se que só se trata da simplesmente potestativa. Os sistemas jurídicos, que nele se inspiraram, apenas variaram de termos (espanhol, art. 1.115; chileno, art. 1.478; colombiano, art. 1.535; argentino, art. 542; uruguaio, art. 1.387; japonês, art.

134).

No art. 115, 2º parte, vedam-se: *a)* as que privam de todo o efeito o ato, sejam potestativas, ou não; *b)* as potestativas a arbítrio de qualquer das partes. Surge a questão da distinção entre a potestatividade pura e a não-pura. A potestatividade pura estabelece o arbitrário, que é *privação* do direito, da relação jurídica; deixa-se aberto o caminho para o fático, de jeito que, para o jurídico, há *contradictio in adjecto;* o querer puro, sem limites, repugna ao jurídico; é o domínio do "se quiser", do "faça o que queira". Ainda se a condição se dirige a técnico (engenheiro, advogado, ou outrem) e se formula "se quiser", não tem ele de apurar se convém, nem, de qualquer maneira, tem de pesar circunstâncias; é a potestatividade pura: *si velit.*

O que o art. 115, 2º parte, in *une,* proibe é a potestativa pura, e no apreciar a condição não se há de ater o intérprete às palavras, com prejuízo da intenção do que manifestou a vontade condicionada (art. 85; sem razão, H. Fitting, Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, *Zeitschrift fOr das gesamte Handelsrecht,* II, 232

s., e V, 119 e 139 s.). *E.g.,* o adjetivo aposto ao querer nem sempre torna a condição impura, e, pois, válido o ato jurídico (exemplo: "se me parecer razoável"): tem-se de verificar se no razoável há de haver apreciação objetiva, que impurifique a condição potestativa. A importância do ato, *in casu,* pode impurificar a potestatividade: potestativo puro e""se for àesquina", mas potestativo impuro "se for à Europa"; dirigido a paralítico, ou por ele dito, "se for à esquina" é potestativa impura. As circunstâncias corporais ou psíquicas, que tolhem, são como elementos casuais; por definição, atuam contra, ou a despeito da vontade. Permite-se a condição "enquanto possa" (não

depende *sã* da vontade). Na esteira, em parte, do Código Civil francês, o art.

115, 2º parte, *in Jine,* entendeu estabelecer a regra jurídica proibitiva das potestativas puras. Se bem que o 1

Projeto alemão, § 138, possuísse regra jurídica que, exceto nos contratos sinalagmáticos (§ 79), vedava condições de mero arbítrio, o Código Civil alemão absteve-se de inserir norma. O resultado foi ter-se por válido o ato jurídico se potestativa pura a condição a favor do manifestante da vontade ou do outro figurante (G.

Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 414 5.; E. Riezier, em *J. v. Staudingers* Kommentar, ~, 7º-8º ed., 592; R.

Leonhard, *Aligemeiner Teu,* 395; A. ten Hompel, *Der Verstándigungszweck,* 83; Fr. Leonhard, Willktir und Willenserklárung, *Jherings JahrbOcher,* 39, 174; contra isso, porém, B. Matthiass, *Lehrbuch,* 6º-7º ed., 1, 140; F. Endemann, *Lehrbuch,* 8º-9º cd., 1, 379, nota 20; C. Crome, *Systeni,* 1, 436, nota 9). Em verdade, o problema de técnica legislativa é preciso; e não cabe abster-se de solução.

Daí a pergunta: ~A sorte da potestatividade pura é a de não entrar no mundo jurídico (plano da existência) o suporte fático, em que ela está, e não se daria entrada ao negócio jurídico, ou ao ato jurídico *stricto sensu,* ou a de fazer nulo o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu* (plano da validade), em que ela está? Ali, haveria manifestação de vontade que se não juridiciza (= não entra no mundo jurídico); aqui, manifestação de vontade que entraria com a mancha da nulidade (= deficiência do suporte fático). O Código Civil, art. 115, 2º

parte, diz que são defesas as condições que sujeitarem o ato jurídico "ao arbítrio de uma das partes". "Defesas" estaria, aí, ou por excluídas do plano da existência, ou do plano da validade; e a questão, para a qual certos

juristas eram cegos, assume grande relevância, O Código Civil francês, art. 1.174, preferiu a entrada do suporte fático no mundo jurídico, pondo, no plano da validade, como parcialmente *nulo,* o ato jurídico: "Toute obligation est nulie lorsqu"elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s"oblige." Fala-se de

nulidade da obriga ção (entenda-se da parte do ato jurídico de que a obrígação se irradia), não do ato jurídico todo; não há efeito nulo, e obrigaçáo é efeito, porém, com essa expressão imprópria, sola-se aludir à nulidade parcial, à nulidade da parte de cuja ablação resulta a eliminação do efeito. Assim, porém com exatidão e rigor de terminologia, Teixeira de Freitas, *Esboço,* art. 593: "... se a condição potestativa subordinar a aquisição do direito... simplesmente ao seu *consentimento* ou *mero arbítrio* (daquele que fica obrigado), essa condição será nula, e também será nulo o ato jurídico, ou o que nele se dispuser". O jurísta deu-se conta de que *obligatio,* na L. 8, D., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, era a cláusula, e não o efeito, e traduziu-o por

"condição": "Sub hac condicione „si volam" nuíla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis: nam nec heres promissoris elus, *qui num quam dare valuerit,* tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem nunquam exstitit." Em português: "(Prometer) sob a condição „se quiser" faz nenhuma a obrigação *(luris vinculurn!):* é que por não dito se tem o que, se não queres, não podes ser constrangido a dar: pois tampouco o herdeiro do promitente, *que nunca quis dar,* está adstrito, uma vez que essa condição, quanto ao promitente mesmo, nunca exsurgiu." As palavras em letra grifa são interpolações ao texto de Pompônio.

Analisando-se, tem-se: *nuila obligatio* é nenhum vínculo, porque *nufla,* em direito romano, é não-existente (=

não entrou no mundo jurídico); por isso mesmo, quem potestativamente condicionou o que quis, não quis, juridicamente *(pro non dicto est);* a condição (cláusula) nunca penetrou no mundo jurídico, se o promitente não quis, depois, sem condição potestativa *(nunquam exstitit).* Não se havia de traduzir o *nuila* da L. 8 por "nula", depois que a filosofia subjacente às concepções jurídicas criou três planos (o da existência, o da validade, o da eficácia), em ver dos dois (o da existência, o da eficácia), com que, bem ou mal, se satisfazia a mentalidade romana. Assim, o pensamento romano colhia melhor o que se passa com a potestatividade; não há ato jurídico, não há convenção obrigatória. O art. 115, V parte, *in fine,* diz que a condição potestativa pura é defesa; não disse que é nula. Corresponde melhor à técnica romana; e não andou bem Clóvis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* 1, 397) em ler "nula" onde esta" "defesa", aliás em contradição com a afirmativa de não haver, aí,

"manifestação real e séria da vontade".

Naturalmente, se o que é a mais do "condicionado potestativamente" entra no mundo jurídico, faz-se, por si só, ato jurídico, com a sua eficácia. O contrato unilateral submetido à condição potestativa pura somente depende da vontade do devedor: não entra no mundo jurídico, não é, juridicamente, contrato (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* III, 279; *Partie C-énérale du Code fédéral des Obligations,* II, 645: ". . il ne doit pas être considéré comme un acte juridique, mais comme une convention non obligatoire, ayant pour objet une prestation future volontaire"). O contrato bilateral tem outra sorte: perde o que é efeito de uma das manifestações de vontade vinculadas; o resto não é atingido. Se a potestatividade é a favor do credor, — ou se criou direito formativo, ou não se quis juridicamente. Trata-se, então, de delicada questão de interpretação: ou há, ou não há direito; noutros termos: a vontade potestativamente condicionada, a favor do credor, entrou ou não entrou no mundo jurídico. Se entrou, há direito formativo; se não entrou, não há, no mundo jurídico, o que corresponderia ao que se quis. O querer posterior, que realiza a condição, e negócio jurídico, ou elemento integrativo de suporte fático de ato jurídico *stricto* sensu, o que transplanta a questão para outro terreno:

~Realizada a condição si *voluero,* o "novo" suporte fático entra no mundo jurídico? Novo problema.

A condição pode ser concebida de modo que o negócio jurídico já exista e surta efeitos, mas fique dependente de aprovação posterior *(Billigung).* Há duas vontades, ficando uma dependente da outra. No direito brasileiro, é, de regra, excluída tal condição (art. 115, 2º parte), salvo *lex specialis (e.g.,* venda a contento, art. 1.144). A opinião, que é excepcional na doutrina alemã (a de L. Raape, *Die Wollensbedingung,* 18 e 31 s., para quem a condição de querer contradiz o conceito de declaração de vontade, pois manifestar vontade, máxime declarar vontade, é *querer,* já, *vincular-se,* submeter-se ao que se manifesta, ou se declara), fez-se regra no art. 115, V

parte. Entende-se assim a condição a favor do devedor como a condição a favor do credor A argumentação de L. Raape é de repelir-se, porque o declarar ou manifestar vontade é suscetível de cindir-se em dois ou mais tempos, tanto mais quanto eficácia e existência são em planos diferentes: e a condição só se refere à eficácia. *De lege lata,* o Código Civil, art. 115, 2º parte, deu a mesma regra de não-existência para a condição a favor do devedor e para a condição a favor do credor, sem *contagiação,* — o que estabelece a probabilidade de existir e valer (e ser, no mais, eficaz) o ato jurídico potestativamente

condicionado.

No direito italiano, a condição potestativa pura a favor do alienante ou do devedor entra no mundo jurídico, nulamente (Código Civil italiano, art. 1.355: "E nulia lalienazione di un diritto o lassunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere daíla mera volontà dellalienante o, rispettivamente, da quella dei debitore"). Evite-se, portanto, a influência de leituras.

557

~É condição potestativa pura a de poder um dos contraentes, o locador, a seu arbítrio, diminuir o prazo do contrato de locação? A 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 22 de janeiro de 1943 (RT 153/704), respondeu que sim. A confusão, durante a discussão, foi lamentável. Não se fitaram os olhos no art. 115, 2º

parte, in *fine* ("Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo o efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.") Se tal direito de denúncia do contrato fosse condição potestativa, não haveria contratos denunciáveis; nem prorrogáveis por direito formativo gerador. O problema impressionou os juizes, por se tratar de cláusula que tivera por fito fraudar a lei de renovação de contrato de locação (à época, Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934); porém a sanção seria a nulidade por *fraus legis,* tanto mais quanto fora explícito o art. 30 do Decreto nº 24.150, a respeito de serem nulas cláusulas que tenham por fito "iludir *(sic)* os objetivos da lei". A discussão acadêmica e um tanto fora do assunto em torno das condições potestativas perturbou o julgamento (contra o julgado, o Supremo Tribunal, a 3 de novembro de 1943, *RT* 162/815, 1º

Turma, 28 de novembro de 1949, *AJ* 94/13). Não é condição potestativa a cláusula pela qual se dá ao locatário o direito formativo gerador à prorrogação do contrato de locação desde que se haja acordado nos elementos de tal contrato (6º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de dezembro de 1948, *RT* 178/257, mesmo prazo e mesmo aluguel; *aliter,* se a fixação do aluguel é deixada a um dos contraentes, cf. *IA* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de setembro de 1941, 138/157, ao arbítrio do locador), ou à renovação do contrato de locação, desde que se haja acordado nos elementos do contrato (5ª Câmara, 30 de novembro de 1939, 129/604).

Não é falta de determinação de elemento do contrato deixar-se à apreciação de árbitro, ou árbitros, ou do juiz, a fixação do aluguel.

O Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 7 de novembro de 1939 *(RT* 138/261), considerou condição potestativa, mas lícita, a cláusula que permite a exclusão do sócio quando não mais convenha ao outro componente da firma. Sem razão; ninguém pode ser constrangido a ficar em sociedade; porém a exclusão a arbítrio do outro sócio seria contra os princípios. A espécie era de direito comercial e nenhuma diferença cabe apontar-se entre o direito comercial e o direito civil, a esse propósito. Acertadamente, a 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de dezembro de 1945 *(RT* 164/248), considerou condição potestativa defesa (art. 115) a que o Tribunal de Apelação do Distrito Federal reputara permitida. A 44 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 31 de março de 1937 *(RT* 108/731), entendeu que o adimplemento "quando possível" não está subordinado a condição potestativa, porque é adimplemento "quando o permitir a situação financeira do devedor" e, pois, termo. Mas a 2º Câmara, a 5 de fevereiro" de 1937 (112/688), considerou condição potestativa, defesa, a subordinação do adimplemento aos ganhos eventuais do devedor no exercício da profissão.

A 5º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 10 de abril de 1935 *(RT* 98/455), considerou nula (?) a venda e compra de máquina de beneficiar café por parte do viúvo, meeiro e inventariante, que ocultara haver herdeiros da mulher pré-falecida. O acórdão revela bem parcos conhecimentos jurídicos. O contrato de venda e compra de coisa alheia, inclusive de coisa pertencente a patrimônio de que é comuneiro o vendedor, apenas é ineficaz para a execução *in natura.* Ademais disso, poderia a coisa vendida vir a pertencer, na partilha, ao vendedor, tornando-se eficaz. A referência do acórdão à regra jurídica do art. 116, 2º parte, que trata das condições juridicamente impossíveis, era de todo descabida: não havia condição no contrato de venda e compra.

(b) A condição potestativa pura, posterior ao ato jurídico, opera como *contrarius* consensus (= exclusão da obrigatoriedade), ou ela, em si, é nula, e não vai ao passado contagiar de nulidade o ato jurídico válido? A resposta depende da que demos *à* questão acima: a) se o ato, potestativamente condicionado, não entra no mundo jurídico, é que a condição potestativa, nele não entrando, impede que o ato mesmo entre; concebida, depois, a condição, o ato *já* entrou no mundo

jurídico, já é ato jurídico ao conceber-se a condição, de modo que?, agora, ela é que não entra; *b)* se o ato jurídico, potestativamente c:ndicionado, apenas seria nulo, por ser nula a condição, a condição posterior alteraria o ato jurídico a ponto de torná-lo nulo *ex nunc,* isto é, desde a alteração. Ora, o ato jurídico entrou; a condição posterior não entra, como a simultânea não entraria; se o novo ato, com a condição, entra e tem força de *contrarius cansensus,* opera como tal.

(c) A condição resolutiva potestativa é inconfundível com o direito formativo extinti0o, resolutivo, resilitivo, ou denunciativo. Se é de direito formativo, extintivo, seja resolutivo, seja resilitivo, que se trata (e só a interpretação pode responder), não há pensar-se em condição, ainda que a letra do ato jurídico a sugira (cf. art.

85).

9.

Expressão e conteúdo da condição; condição tácita. Não importa se a dita condição, que em verdade o é, não se apresenta com a forma de condição *(eR.,* sob a forma de reserva), nem se, não sendo condição, se apresenta como se fosse (H. Dernburg, *Das BOrgerliche Recht,* 1, 3º ed., 503): o que importa é o que e, e não o que se apresenta. Tampouco, é preciso que seja explícita, ou expressa: pode ser tácita, se as circunstâncias a debuxam. Se o contrato tem por fim resolver a situação se certa condição se der, claro é que não se precisa inserir essa condição, expressamente.

Se, ao ser concluído, sob condição, o contrato, os contraentes ignoravam que ela já se tivesse realizado, ou deixado de realizar, os princípios relativos à condição incidem. Por isso mesmo, enquanto o contraente desconhece a realização anterior da condição há de ser tratado como condicionada a pretensão (E Stein, *Die Zivilprozessordnung,* 10~ ed., II, 830, nota 8). Não houve condição; houve, porém, manifestação de vontade que há de ter a eficácia que a condição teria.

10.

Cláusula de confirmação e o *art. J~5, 2º parte, do Código Civil.* O art. 115, 2º parte, *in* une, obsta a que se insira no negócio jurídico a cláusula de ser "confirmado" por um dos figurantes (H. Walsmann, Em Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung, *Jherings Jahrbúcher,* 54, 197 5.; sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgenieine Teil,* III, 277); *aliter,* a de que o legatário aceite o legado dentro de certo prazo, ou antes de ocorrer algum fato (se morre, antes de aceitá-lo, o legatário, não há transmissão do direito, pois que o não adquiriu). O

negócio jurídico, cuja eficácia os figurantes fizessem depender de acordo futuro (confirmação de todos), seria espécie do art. 115, 2º parte, *verbis* "as que privarem de todo o efeito o ato". A venda a contento épermitida, porque os arts. 1.144-1.148 a regularam; de outro modo, cairia sob o art. 115, 2º parte, *pr.* (errou H. Walsmann, Em Beitrag, *Jherings Jahrbticher,* 54, 277, em ver, aí, direito formativo). Não assim, a retrovenda e a opção, porque, nessas, não há condição, — há criação de direito formativo (E. Landsberg, *Das Recht des BGB.,* 1, 438; E Schollmeyer, *Das Recht der einzelnen* Schuldverhàltnisse, 40; E. Seckel, Die Gestaltungsrechte, *Fest gabe,* 207, 212 e 218; H. Walsmann, Em Beitrag, *Jherings Jahrbücher,* 54, 279; sem razão, C. Crome, *System,* II, 488

5.; H. Oberneck, *Das Reichsgrundbuchrecht,* 602 5.; R. Krug, *Die Zulàssigkeit der reinen Wol(ens-Bedingung,* 179; A. ten Hompel, *Der Verstãndigungszweck,* 119 e 180 s.).

11. *Pacto posterior de* condição. Se o pacto de condição foi posterior ao ato jurídico que era incondicional, ou não era condicionado no ponto ou pontos em que passa a ser, dá-se modificação da relação jurídica de crédito: o crédito é o mesmo; não há novação, porque a causa é a mesma e a determinação se mexa no ato jurídico.

Quando se trata de direitos reais, o problema é mais delicado. Se o direito já se adquiriu *(e.g.,* usufruto, penhor), e sobrevém condição suspensiva, o direito passa a não ter sido adquirido. Direito extinguiu-se, direito novo nasceu. E certo que o direito real perderia, por isso, o seu grau, a sua prioridade; porém essa consequência não basta para se pensar em que se possa, contraditoriamente, ter adquirido e não ter adquirido, sem modificação lógica profunda no mundo jurídico. Se A alienou a mercadona a B, e, logo após, estabeleceu que a alienação é condicional, em verdade A alienou a B e B alienou a A, para que A

alienasse sob condição: B devolveu a A; A de novo prometeu a propriedade. Pode simplificar a operação (e simplifica-a de ordinário) o constituto possessório. Se A alienou o prédio a B, puramente, e depois do registro A e B entenderam que a transmissão é resolutiva, é preciso novo registro em que seja outorgante B, porque B, que adquirira incondicionalmente, passou a ser dono sob condição. Se A cedeu a E a hipoteca, incondicionalmente, e depois A e B introduzem condição, tem B de ceder a A e A, condicionalmente, a B. Todavia, bastam dois atos, se B cede a A sob condição suspensiva, o que não seria possível quanto ao domínio imobiliário.

12. *Forma e condição.* É preciso, em matéria de requisitos da condição-cláusula, não os confundir com os requisitos da condição-fato. Para a cláusula, são de mister os pressupostos materiais e formais do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* como todo; porque a condição é apenas determinação mexa. Os pressupostos materiais e formais do ato jurídico condicional e os pressupostos materiais e formais do ato jurídico puro são os mesmos. O ato, ou fato, que realiza a condição, também chamado, por abreviação, condição, é que não precisa ter os pressupostos do ato jurídico condicional, que hão de ser os mesmos do ato jurídico. O fato-condição, ou o ato-condição (condição-fato, condição-ato), submete-se a regras jurídicas próprias sobre pressupostos de fundo e de forma. Assim, se o ato jurídico é formal *(e.g.,* para ele é de exigir-se escritura pública) e foi concebido como somente eficaz se a fiança for dada até certo dia, ou quando aceita a fiança, não se impõe à fiança a forma que há de ter sido a do ato jurídico condicionado. Procurou-se admitir que o pacto de condição, fora do ato jurídico (até então puro), pudesse ser aformal, a despeito de ser formal o ato jurídico em que, posteriormente, adjetamente, se insere (não nos esqueça que a condição é determinação mexa). O

argumento a favor disso foi o de se tratar de debilitação da obrigação, favorecimento do devedor *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* III, 285); mas é de repelir-se. A forma da alteração do conteúdo do contrato, ou do ato juridico *stricto sensu,* é a forma que se exigiu ao ato jurídico cujo conteúdo se altera (P. Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 155; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 533; P. Klein, *Vertrdgliche Anderung des Inhalts,* 50

5.; sem razão, M. Rúmelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen,

Archiu Júr *die ciuilistische Praxis,* 98, 343

5.; L. Enneccerus, *Lehrhuch,* II, 31ª-35ª ed., 148 s.; H. Siber, em G. Planck, *Konin-ientar,* II, Q cd., 319). O que importa é saber-se se houve ou se não houve alteração do conteúdo. Se, a propósito do pagamento, A acorda com E em que se faça por meio de notas promissórias, adiantadamente, ou emitidas à data em que seriam de fazer-se as prestações, a cento e vinte dias, não se alterou, de ordinário, o contrato; convencionou-se sobre o pagamento, em novo contrato. Ai, não há a!teração do contrato anterior; há novo contrato, que seria ambíguo chamar-se contrato de modificação *(Abánderungsuertrag).* Se A vendeu a E, por escritura pública, o prédio, e ficou de pagar x, pode, depois, acordar com E que a solução seja por dação em soluto e para isso não se exige a forma pública. Não poderiam, porém, por instrumento particular, acordar sobre modificação de limites, ou sobre número do lote, O modo é determinação anexa, e não mexa. Ressalvando-se o modo principal, que escapa ao problema, pode o doador obter *modus,* por meio de posterior negócio jurídico, que não altera a doação, e sim cria obrigação do donatário.

§ 545. Advento e eficácia das condições

1.

Advento ou realização da condição. A realização da condição é matéria de fato, *res facti.* Uma das consequências disso está em que pode ser o ato do louco, do surdo-mudo que não exprime a vontade, do menor de dezesseis anos. Não há equivalência: se a condição é de A tirar da cadeia a B, a inação de A, posto que B

seja solto, exclui pensar-se em adimplemento; a condição de dar dez não se cumpre com a entrega da cambial de dez (cf. L. 45, D., *de condictonibus et demonstrationibus,* 35, 1).

A pendência tanto se dá na condição suspensiva quanto na resolutiva. Naquela pende o ser; nessa, o não-ser.

Não é o ato jurídico que pende. Porque o ato jurídico já se perfez. Tudo somente concerne à eficácia do ato jurídico. Não se pode, *a priori,* dizer quais os efeitos, ou qual o efeito, ou se todos os efeitos,

menos um, pendem. Exatamente a condição é que determina o que se suspende, ou o que pode ser atingido pelo implemento dela. O que depende já é, — o que se suspendeu não é; o que se pode resolver já é, — o que ficará da resolução ainda não é. Não se pode pedir o que ainda não é, nem compensar-se, nem poderia correr prazo prescricional, ou preclusivo, nem tempo de posse. Se alguém cede crédito, condicionalmente, continua credor.

Durante a pendência, há direito, que entrou na esfera jurídica do titular. E o efeito interimístico (lnterimswirkung, E. Zitelmann, *Die Rechtsgeschãfte,* 126; H. Bolten, *Uber Begriff, Wesen und rechtliche Behandlung der aufschiebenden Bedingung und des Anfangstermines,* 67). Não se pode excluir do patrimônio esse direito, pois que direito é, direito expectativo, inconfundível com a simples esperança, a expectativa pura (RarI Hartung, *Em Beitrag zur Lehre von den Bedinqungen,* 3; E. Bothe, *Begriff Zweck und Wirkung der Bedingungen,* 28 5.; H. Bolten, *Uber Begriff,* 75; E. Wagenfúhr, *Die Bedingungen nach deni BGB.,* 46; no Brasil, cedo, Nehemias Gueiros, *Da Condição,* 145 s.). Tal direito já pode ser objeto de negócios jurídicos; satisfeitos alguns pressupostos, pode ser penhorado, arrestado ou sofrer outras constrições (W. Holtz, *Die*

Schwebezustand bei bedigten Rechtsgeschâften, 38). Entra na massa concursal ou falencial e pode ser executado.

A realização da condição positiva opera-se com o evento previsto. A da condição negativa, quando o fato negativo se dá, ou quando se torna impossível o não se dar *(e.g.,* "o não comprar a X", e a casa X foi destruida).

Não se dá o fato negativo, ocorrendo o fato positivo; dá-se, se transcorre o tempo em que o fato positivo se poderia dar, e não se deu.

A alienação condicional da propriedade e a constituição de direitos reais sobre bens móveis operam-se como se operariam se não houvesse a condição. A eficácia contra terceiros é sujeita aos princípios. A transferência e a constituição de direitos reais sobre bens imóveis operam-se mediante o registro. Isso não importa em que o contrato de venda e compra não tenha a sua eficácia antes do registro, inclusive quanto a já se ter realizado a condição antes do registro e poder ser registrado o título (acordo de transferência) quando já pura a transferência *(e.g.,* A doou, resolutivamente, a B o prédio, mas antes

do registro B faleceu).

557

2.

Condições que se têm como ocorridas. A condição tem-se por acontecida se aquele, que era interessado em que não se realizasse, impediu que se implisse *(perinde haberi, ac* si *irnpleta condicio, fuisset,* L. 161, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17; L. 24, D., *de condicionibus .et dernonstrationibus,* 35, 1).

Estatui o art. 120, V alínea: "Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosa-mente obstado pela parte, a quem desfavorecer." E a 2ª alínea: "Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosa-mente levada a efeito por aquele, a quem aproveita o seu implemento." A técnica legislativa ou conceberia o ilícito na realização da condição, ou na sua não-realização, como a) ilícito *relativo,* ou como *b)* ilícito *absoluto.* Se prefere a figura do ilícito absoluto, tem de considerar não realizada a condição que foi impedida por malícia, mas estabelecer que esse ato ilícito gera responsabilidade, e realizada a que maliciosamente foi suscitada, com a consequente responsabilidade. Se prefere a figura do ilícito relativo, tem de lançar mão da culpa negocia!: reputa-se verificada a condição maliciosamente obstada, e não verificada a que foi realizada, maliciosamente, por aquele a quem aproveita (art. 120). Tal a solução alemã a tal a brasileira, a despeito de poder parecer diferente aquela (§ 160). A ação vai contra o obrigado condicional, ou o titular da pretensão condicional, que deu causa a falhar, ou precipitar-se, ou realizar-se a condição, ou seus herdeiros universais, não contra os sucessores não-universais, em cuja parte não esteja a obrigação, ou o crédito (E. Riezler, *J. u. Staudingers Nora nien Lar,* 1, 605; sem razão, W. Holtz, *Der Schwebezustand,* 60).

Para que o art. 120, alínea IA ou alínea 2º, incida, é indiferente que o ato do obstante tenha sido positivo, ou negativo, desde que malícia tenha havido (cf. O. Warneyer, *Norarnentar,* 1, 296). A relação causal é indispensável. O momento em que a condição se tem por impleta é aquale em que se deu o ato, positivo ou negativo, malicioso, se não se pode saber exatamente quando se teria implido a condição (um tanto diferente, O. Planck, *Kommentar,* 1, 4ªed., 423).

Têm-se tirado das regras jurídicas do art. 120 (Código Civil alemão, § 162) outras, por analogia, que se impuseram à ciência: se aquele, em desproveito de quem está a condição, sabe que ela não se pode realizar, ou aquele, em proveito de quem se inseriu, sabe que não pode deixar de implir-se, tem-se, ali, por impleta e, aqui, por expleta (O. Warnºyer, *Noramentar,* 1, 297); mas há, em vez disso, no art. 120, incidência de principio geral, como se verá.

O art. 120 não incide a respeito de *condiciones iuris.*

Quem afirma a causação e a malícia tem de dar as provas. Não cabem presunções.

Contra terceiro, que, durante a suspensão, dane o objeto do direito real condicionado, pode ser proposta, se os pressupostos se satisfazem, ação de indenização pelo H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, *Horamentar,* 1, 4º ed., 419). ilícito absoluto (art. 159; 513, nota 8; G. Planck, As soluções técnicas do art. 120 são mais acertadas do que seria a da simples reparação do dano. Se a condição foi concebida de modo que não se pré-

excluiu a atitude hostil do titular do direito expectativo, pode esse proceder de acordo com os interesses, e o art.

120 não incide. Por outro lado, se não houve malícia, nenhuma invocação do art. 120 pode caber. Uma das mais importantes aplicações do art. 120 é a respeito da condição de tempo de serviço, findo o qual algum provento tem o outorgado; *e.g.,* o empregador estabelece que, findos cinco anos de trabalho efetivo na empresa, tem o empregado participação nos lucros, e maliciosamente (= para evitar que o tempo se complete, ou para evitar incidência de lei nova de aumento), despede, sem justa causa, o empregado.

É preciso que o implemento se tenha tornado impossível pelo ato malicioso do titular do direito expectativo, seu representante, ou núncio, ou com o seu assentimento, inclusive por omissão. Assim, se com a coisa *a* é que se teria de implir e o outorgado destrói, maliciosamente, a coisa, mas seria impossível com a coisa *a* cumprir-se a condição, o art. 120 não incide.

3. *Implemento da condição.* A regra é que, antes de ocorrer a condição, não há os efeitos dependentes dela: a condição suspensiva somente opera quando ocorre, e desde esse momento se adquire o direito, a que se dirigia o direito expectativo; a condição resolutiva extingue, desde o momento em que se realiza. Ao *ocorrer a condição, nenhuma retroeficácia se dá; salvo se entenderam diversamente os manifestantes, ou manifestante da vontade.* Tal o princípio que se extrai dos arts. 118 e 119. O manifestante ou manifestantes da vontade podem ter interesse em que, ao ocorrer a condição, os efeitos do ato jurídico comecem de antes dessa ocorrência, principalmente ao tempo da perfeição do negócio jurídico, unilateral ou bilateral, ou do ato jurídico *stricto sensu.* A data do início da eficácia é assaz importante para o direito aos frutos e a carga dos riscos.

557

Existe, pois, nos sistemas jurídicos, explícita *(e.g.,* Código Civil alemão, § 159), ou implícita, a regra jurídica *dispositiva* da irretroeficácia das condições. Todavia, a regra, no direito das coisas, é *cogen te:* o manifestante ou os manifestantes da vontade não podem atribuir retroeficácia *real* àcondição (cf. art. 647; E. Riezler, em *J.* v.

Staudingers Nommentar, 1, 603).

4.

Implemento e eficácia da condição. O efeito da condição éfazer produzir-se ou fazer cessar a eficácia do ato jurídico. A retroeficácia é excepcional. Se o acontecimento não se dá, a condição frustra-se, falha, não se imple. As fontes aludem a *impleta condicio (est), expleta condicio (est) condicio exstitit, condicio defecit, exstincta (es* ***t).*** Enquanto não se verifica a condição, ou se não torna impossível, *condicio pendet.* A resolutiva remove o efeito, sem retroatividade, de regra; tanto mais quanto o direito romano, dificilmente e a contragosto, admitiu efeitos da condição resolutiva. Daí a luta dos romanistas em torno dos textos romanos, ainda caóticos (cf. B. Windscheid, *Die Wirkung der erfOllten Bedingung,* 16-30; somente quanto aos efeitos obrigacionais, *Lebrbucb,* 1, 9º ed., 477 s., 1(. Cz~hlarz, *Zur Lebre von der Resolutivbedingung,* 23-30, F. Schulin, *Uber Resolutivbedingungen und Endtermine,* 238 5.; contra a retroatividade real, Fr. Adickes, *Zur Lebre von* den *Bedingungen,* 107, O. Karlowa, *Das Recbtsgescbàft und seine Wirkung, 97* s., O. H. Wendt, *Die Lebre von bedingten Rechtsgescbãft,* 100 s.).

A eficácia, ao implir-se a condição, é *ipso iure.* Realizada, nasce o crédito, a pretensão, ou a ação, ou se produz a modificação jurídica real (criação, transferência ou cessação do direito real), ou pessoal, que teria de provir do ato de disposição. A ciência dos figurantes, ou seus sucessores, e a sua vontade no momento de se implir a condição, não importam. A vontade, que fixou a condição, foi manifestada no passado e inseriu-se, como determinação mexa, no ato jurídico. Não importa, portanto, ter caído em incapacidade, ou ter morrido o outorgante ou o outorgado; salvo se só àquele aproveitaria ou se o ato somente poderia ser praticado pelo outorgado, sendo capaz, ou se só ele, embora não capaz, poderia praticar. A entrega da coisa, que se alienou com reserva de domínio, não dispensa a realização da condição; somente no momento em que se cumpre a condição nasce o direito expectado (Arn. Brecht, Bedingung und Anwartschaft, *Jberinqs JahrbUcber,* 61, 298).

Se o ato, que se considerou condição, foi praticado sem que a pessoa, que o praticou, soubesse ser condição de ato jurídico, e é ato suscetível de repetição, é questão de interpretação do ato jurídico saber-se se bastou aquele ato, que se praticou, ou se e preciso que se repita, para se ter como condição.

Se a condição somente se pode implir com a cooperação de outrem, também é questão de interpretação assentar-se que basta estar o titular do direito expectativo disposto a praticar o ato que lhe toca, ou se a negativa do terceiro afasta, de si mesmo, que se tenha a intenção manifestada do titular do direito expectativo por suficiente. O art. 1.691, 2º parte, *verbis* “nos legados condicionais, ou a prazo”, é incluso no princípio.

Também é questão de interpretação decidir-se se a condição há de ser cumprida pelo próprio titular do direito expectativo, ou por terceiro determinado, ou por um de dois ou mais terceiros, ou por qualquer pessoa. Também é de interpretar-se o ato jurídico para se estabelecer se, em caso de alienação do direito expectativo, a condição passa a ser implivel pelo novo titular do direito, ou se continua somente implível pelo titular originário, ou se passa a também ser implível pelo novo. *Na dúvida,* se a condição concerne a toda a relação jurídica obrigacional e somente pelo titular pode ser cumprida, o implemento tem de ser pelo que foi, desde o início, o titular, ainda que aliene alguns direitos expectativos a créditos que dela se irradiem. Aí, a

relação jurídica inteira fica dependente: se é certo que alguns direitos expectativos foram cedidos, a relação juridica, de que se irradiariam todos os direitos expectados, depende de um só ato. Portanto, não cabe a regra para se interpretar, se a condição somente se refere a algum dos direitos expectados, ou a alguns, ou se a cada direito expectado há de ou pode corresponder um implemento, ou se a relação jurídica não cria qualquer dever ao titular originário (não sendo ato que somente ele pode praticar, ou há de ser praticado por ele).

De regra, com o implemento da condição, nasce o direito expectado. Se se quer que tal direito somente nasça ao ter o outorgante ciência do implemento, ou ter-lhe sido comunicado tal cláusula terá de ser explicitamente manifestada (sem razão, Arthur Kohler, Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht, *Archiu fOr BOrgerliches Recbt,* 25, 164). Na dúvida, tem-se por bastante o implemento.

Eg., quando E. Strohal *(Grenzen der Urteilsrecbtskraft,* 137 s.) entendeu que a transferência, a sucessão derivada, na disposição condicional, deve ser datada do momento em que se dispõe, e não daquele em que se realiza a condição, aproximou-se da explicação científica, porém não na atingiu. O fato de já exsurgir, naquele momento, o direito expectativo não se há de confundir com o fato da transferência. Tanto mais quanto a dis-

posição pode ser de algo futuro (cf. E. Flatau, *Die Zwangsuollstreckung in Leibmâbel,* 104). A condição atribui direito a adquirir algo, *ipso iure.* Tratando-se de disposição de coisa, o direito é real e absoluto, se a lei confere tal eficácia, direito subjetivo (J. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 299; Konrad Cosack, *Lebrbucb,* 1, 6º ed., 224

S.; CarI Crome, System, 1, 135; E. Flatau, *Die Zwangsuollstreckung* in *Leibmâbel,* 35 e 37 5.; E. Zitelmann, *Internationales Privatrecbt,* li, 52; não simples situação jurídica, como parecia a J. Kohler, *Lebrbuch,* 1, 249).

Ainda quando, na condição, se expecte o domínio, não se identifica com ele (H. Emmerich, *Pfandrecbtskonkurrenzen,* 52, nota 160); apenas é direito a ele, direito que cessa quando o outro nasce; o direito expectado é que é condicional, o direito expectativo é incondicional,

razão bastante para se lhe ver a vida própria, embora alguns juristas ainda não no houvessem percebido, como, e.g., Konrad Cosack (Lebrbucb, 225

s.), 1(. Hellwig *(Lebrbucb,* 1, 291) e E. Seckel *(Die Gestaltungsrecbte,* 219). Se o sistema jurídico mesmo não conferiu caráter de direito real ao direito expectativo, é pessoal. Se o direito, na espécie, é real e o dono atual empenha ou hipoteca a coisa, ou se sofre penhora, cessa, ao advento da condição, toda a eficácia do direito real de garantia ou da constrição. Se a condição não se realiza, a eficácia continua; não é preciso pensar-se em convalidação (que suporia invalidade da constituição do direito real de garantia), como W. A. Múlier *(Wirksamkeit des Pfândungspfandrecbts,* 91 s. e 97) e Martin Wolff *(Zwangsuollstreckung in eine dem Scbuldner nicht gehõrige beweglicbe Sache,* 6).

Se pode haver constituto possessório (art. 520, V) para a transferência condicional, assaz se discutiu. Assim, para uns, o *constitutum possessorium* poderia ser condicional (por exemplo, W. Stintzing, *Die Ubertragung beweglicber Sachen,* 132, cf. Tólke, *Móbelleibvertrag,* 16; Martin Wolff, *Lebrbuch,* lii, 27º-32º ed., 205); para outros, não (Arn. Brecht, Bedingung und Anwartschaft, *Jherings Jabrbúcber,* 61, 283). Mas a razão está com a afirmativa: o constituto possessório é suscetível de condição, porque e negócio jurídico.

Ainda se há de perguntar se a cessão de que fala o art. 621 pode ser condicionada. Pela afirmativa, W. Stintzing *(Die Ubertragung beweglicher Sacben,* 132, e Tôlke, *Mõbelleibuertrag,* 16); contra, Arn. Brecht (Bedingung und Anwartschaft, *Jberings Jahrbficher,* 61, 283), sem razão. Trata-se de negócio jurídico.

5. *Direito expectativo.* Ao implir-se a condição suspensiva, o efeito — que ficara suspenso — se produz. Não importa qual seja esse efeito. E produz-se *ex nunc.* Não há qualquer espécie em que o efeito seja *ex tunc,* salvo declaração explícita em contrário, se a lei a permite. Se do direito expectativo, tão-somente, nasce esse efeito, ninguém o pode impedir, nem o titular do direito expectativo, nem o devedor. Por isso mesmo, independe de estar vivo, ou não, ou de ser capaz, ou não (R. Henle, *Lebrbucb,* 1, 294) o devedor, ou de ter alienado, ou não, o objeto do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu.* Em todo caso, em se tratando de aquisição da propriedade, o terceiro de boa-fé há de ser tratado como se o negócio jurídico não contivesse tal

condição, salvo eficácia *erga* omnes da determinação mexa. Sempre que o tempo tem alguma importância em situações entre direitos, o direito adquirido em virtude do direito expectativo tem a data desse *(e.g.,* se há penhor de diferentes créditos, a data do penhor do direito expectativo é que se entende ser a do penhor do direito expectado, se vem a nascer).

O direito expectativo é direito como outro qualquer. Não cabe dizer-se que é expectativa que se há de tratar como direito. Tal atitude de alguns juristas provém de insuficiente investigação dos direitos expectativos; e põe ficção onde a realidade mesma éque está. O direito expectativo, em caso de condição suspensiva, é direito a adquirir, ipso *iure,* outro direito, ao se cumprir a condição. O direito, que se adquire, em virtude daquele, é outra coisa (crédito, propriedade, herança, legado). Não há direito do credor condicional a prestação de caução; mas o credor incondicional também não no tem. Deve-se a E Regelsberger (Anspruch des Glàubigers auf Leistung von Sicherheit, *Jherings Jahrbdcher,* 40, 451 s.) o ter provado que tampouco o direito romano possuía tal caução. Se os pressupostos do aft. 798 do Código de Processo Civil se compõem, há a pretensão à medida cautelar, — o que éoutra coisa.

Quanto à ação de prestação futura, tem por fito a condenação a que se preste, realizada a condição; e a sentença não tem a carga executiva mediata, que permita a *actio iudicati,* antes de se realizar a condição.

Se o devedor pagou, por erro, a dívida condicional, e a condição falhou, cabe a ação de enriquecimento injustificado (arts.964-971).

Se a disposição de última vontade é condicional, entende-se, na dúvida, que somente se quis para o caso de sobrevivência do favorecido ao cumprimento da condição. Dai ser, de regra, intransmissivel a causa de morte tal deixa testamentária.

557

No art. 74, parágrafo único, o Código Civil distinguiu o direito futuro deferido e o direito futuro não deferido:

„Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende

somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições falíveis.“ Ao sistema jurídico o que importa é revelar-se o conteúdo dessas proposições, que pretendem definir; e não criticá-las, inclusive apontando-se-lhes a contradição entre futurida de e deferimento. O que ***é*** futuro ainda não é; o direito ou é futuro ou é atual (art. 74, 111). O que impressionou ao legislador foi a pendência durante o termo ou a espera da condição, que se pode realizar, ou não. Percebeu ele que algo já é; não soube defini-lo. De regra, onde há termo, ou condição, já se adquiriu algum direito, pretensão, ação ou exceção, com que se aguarda o direito em formação, *e.g.,* créditos a termo, créditos condicionais, juros. São esses, para ele, os direitos futuros não deferidos, se queremos apanhar o sentido do art.

74. O aluguel da casa ainda não alugada, o crédito em pagamento de mercadorias ainda não vendidas, a pretensão ao dano eventual, são direitos futuros, porém não é a esses que se refere o art. 74, porque esses não são direitos futuros que se possam considerar desde já, ainda que como não-deferidos. O direito que nasce da opção e, em geral, os direitos que só dependem do exercício de direito formativo, esses são os direitos futuros deferidos. As duas definições não foram felizes, nem seria proveitoso empregar os dois conceitos.

6.

Pendência de condiçâo suspensiva e direito expectativo. Durante o tempo em que a condição suspensiva pende, o direito ao direito futuro — o direito expectativo — é transferível, empenhável (caucionável), arrestável, penhorável e herdável (salvo condição de vida); bem como suscetível de ser garantido por fiança, hipoteca e penhor (J. Meisner, *Das Búrqerliche Gesetzbuch,* 1, 152). Entra em concurso de credores e falências.

Pode ser objeto de ação declaratória. Eventualmente, de ação de prestação futura (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* E. Riezler, *J.* ti. *Staudingers Kommentar,* P~8º ed., 1, 606; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 3º ed., 514, nota 10; E Stein, *Zivulprozessordnung,* 1, 632; sem razão, W. Holtz, *Der Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschàften,* 51). Pode outrossim servir a pedido de arresto e outras medidas cautelares, se os outros pressupostos se satisfazem (J. Meisner, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 153). Não dá, só por si, pretensão à caução (cf. E Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nicht erfúllten Vertrags, *Jherings Jahrbúcher,* 40, 451 s., a quem se deve ter provado que em

direito romano não se reconhecia ao credor condiciona!

pretensão à caução).

Analisando-se a condição suspensiva, certamente se lhe encontra determinação de tempo, porém não necessariamente *trato de tempo* (pedaço temporal). E preciso não se confundir determinação de tempo e

"prazo", trato de tempo (o momento da conclusão do negócio jurídico ou do ato jurídico stricto *sensu* + x). A determinação da eficácia desde a conclusão é determinação temporal. Também o é a condição para que a eficácia seja desde a conclusão do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu:* fala-se, então, de eficácia retroativa da condição; aliás eficácia *ex tunc,* porque se estabeleceu que assim fosse, verificada a condição. De ordinário, a condição suspensiva é unida a trato de tempo (o termo está inserto nela). Assim, o Código Civil, arts. 118 e 121. Repele-se, portanto, a tese da condição pura como o que mais acontece; ou da essencialidade do efeito retroativo. A atribuição pelo manifestante ou pelos manifestantes da vontade de eficácia ***ex*** *tunc* tem a consequência de "purificar" a condição (= eliminar-lhe o trato de tempo) e, pois, obrigar os interessados como se a condição se tivesse realizado no momento anterior, sem, está claro, efeitos retroativos *reais.*

7.

Propriedade transmitida sob condição resolutiva. A reversão da propriedade transmitida sob condição resolutiva, com a cessação das disposições que antes dessa se fizeram, de modo nenhum se pode ter como retroeficácia da condição. O corte é no tempo, *ex nunc.* Durante a expectativa da condição resolutiva, o que a espera tem direito expectativo, direito a adquirir, ipso *iure,* ao se cumprir a condição, o direito (propriedade, crédito), a pretensão, a ação, ou a exceção. Não tem pretensão à caução, como não na teria o titular do direito expectativo, na condição suspensiva. O direito expectativo é transmissível *mortis causa;* salvo, em caso de testamento, se é de interpretar-se que só se quis a disposição para o caso de sobreviver o favorecido à realização da condição, mas, aí, verdadeiramente, não há direito transmissível. Sempre que há direito expectativo, as medidas cautelares podem ser utilizadas, e é *permitida* a garantia real ou pessoal. Entra em concurso de credores e falências. Pode ser objeto de ação declaratória. Eventualmente, de ação de prestação futura.

8. *Condição resolutiva, termo final, resolução e* contrarius consensus. De regra, e esse é um dos pontos a que mais se há de prestar atenção, a condição resolutiva e o termo final somente atingem a eficácia, — no que se distinguem da resolução, por inadimplemento, da própria resilição por inadimplemento e do *contrarius* consensus, que atingem o ato jurídico em si mesmo (cp. J. Demelius, *Zur Lehre uon der Aufhebung der Rechtsverháltnisse,* 11). No direito romano, a nexi liberatio e a *acceptilatio* somente apanhavam a relação

jurídica, ou, como dizia 8. W. Leist *((iber die Wechselbeziehung,* 20), o fim da *obligatio,* não o começo, o inicio, o contrato mesmo, como o atingiria o *contrarius consensus.* Como a *solutio.* O *contrarius consensus,* a *contraria voluntas* (as fontes não empregavam *mutuus dissensus)* corta cerce, por força do querer contrário: a retroeficácia contrária éimanente (K. R. von Czvhlarz, *Zur Lehre uon der Resolutivbedingung,* 31 s.) sem se precisar de se imaginar, como o direito romano fazia com a *acceptilatio* (chamada, às vezes, *imaginaria* solutio!), que o devedor adimpliu (8. W. Leist, *Uber die Wechselbeziehung,* 18 s.), ainda se o que se prestou não foi prestado por dever ou obrigação, nem recebido em satisfação de crédito ou pretensão, — o que levara o direito romano a afastar que se distratasse o contrato que um contraente ou os contraentes já haviam cumprido, conforme a L. 58, D., *de pactis,* 2, 14. (A construção de A. Bechmann, *Der Kauf,* II, 470 s., como se no *contrarius consensus* houvesse duplo pacto *de* non *petendo,* foi artificial e falsa.) No distrato, em que não se apaga todo o passado, não se elimina, *ex tunc,* ou *ex nunc,* o contrato, não há, propriamente, distrato, há renúncia de parte a parte. Não se apaga, apenas se *deseficaciza.* Tal ato jurídico está para o *contrarius* consensus, ou distrato, como a renúncia para a denúncia. De tal ato jurídico duplo, dos dois lados, é, de regra, que se há de cogitar se praticado *re secuta (1* Demelius, *Zur Lehre von der Aufhebung der Rechtsverhàltnisse,* 83). O distrato, apanhando o contrato todo, apanharia a causa mesma. O direito romano resistiu a admiti-lo se já feita alguma prestação. O direito contemporâneo admitiu-o. (Já o vimos. Todavia, o ato jurídico entra no mundo jurídico (plano da existência), e nele permanece, ainda se se renunciou de parte a parte aos direitos (plano da eficácia); de modo que *distratar* locação é retirar do mundo jurídico, *ex nunc,* o negócio jurídico de locação: o que dele fica são os efeitos antes do distrato.

9.

Direito *expectatívo* e transmissão. Enquanto pende a condição, é incerto se o negócio jurídico ou o ato jurídico stricto *sensu* produz o efeito suspenso. Isso não que dizer que o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* não tenha qualquer efeito. Já falamos do efeito mínimo. O ncgácio jurídico e o ato juridico *stricto sensu* já são vinculantes. A irrevogabilidade surgiu. O que tem direito, em virtude de negócio jurídico, ou ato juridico *stricto* sensu, já tem direito expectativo aos efeitos juridicos que se esperam do cumprimento da condição. O direito expectativa étransmissível a causa de morte e entre vivos (sobre a disputa entre os juristas romanos, W. Girtanner, *Die Stipulation,* 368 s.), se por ai não é intransmissível por herança, ou inalienável. As regras jurídicas sobre forma da transmissão e alienação são as mesmas concernentes aos atos cm que se transmitiriam e alienariam os direitos, se incondicionados fossem. Quanto aos créditos condicionados, podem ser cedidos antes de se realizar a condição. A pretensão não-nata pode ser averbada, nos mesmos casos em que o seria a pretensão nata, o ser garantida mediante fiança, hipoteca ou penhor.

Se, pendente a condição, o outro figurante impossibilita, ou ofende, com culpa, o que é efeito pendente, o titular do direito condicionado tem pretensão a indenizar-se quando se verifique a condição, ou, se é o caso, pode invocar o art. 120. O direito expectativo, que já existia ao tempo do ato lesivo, foi ferido. Violálo é violar direito como qualquer outro. Mas é de advertir-se em que lesão não *houve* se a condição falha.

O

dever do devedor de pretensão condicional de abster-se de quanto possa dificultar ou elidir o fato-condição é consequência do negócio jurídico condicional ou do ato jurídico *stricto sensu* condicional. A pretensão à indenização dirige-se ao devedor e aos seus sucessores universais. Discute-se se pode ser dirigida ao sucessor singular (negativamente, E. Riezler, *J. uon Stczudingers Kommentar,* 1, 605; afirmativamente, W.

Holtz, *Der Schwebezustand,* 60); mas a solução não se pode dar a *priori:* depende da qualidade da sucessão singular, isto é, da ligação do ato do devedor ao interesse do sucessor singular, inclusive se a cessão o explicita.

Se o direito expectativa é absoluto, a ofensa por terceiros, durante a pendência da condição, dá a pretensão à indenização por ato ilícito absoluto (art. 159), se a condição se realiza. Depois de se realizar a condição, o devedor responde como qualquer terceiro, com base no art. 159.

direito expectativo entra para a massa dos credores, falenciais ou simplesmente concursais (E. Jaeger, Kommentar na Konkursordnung, 1, 5º ed., 76; sem razão, P. Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 63 e 83). E

o que se obriga sob condição suspensiva há de ser tratado como se estivesse obrigado incondicionalmente (O.

Warneyer, Kommentor, 1, 295). A relação jurídica da pretensão condicional pode ser objeto de ação declaratória; eventualmente, de ação de prestação futura (H. Dernburg, *Das Búrgerliche* Recht, 1, 3º ed., 514, nota 10; E. Stein, *Die Ziuilprozessordnung,* 1, 622; sem razão, W. Holíz, *Der Schwebezustand,* 51). Pode dar ensejo a medidas cautelares, como o arresto (J. Meisner, Das *Borgerliche Gesetzbuch,* 1, 153). Para Paulo, se há condição, a força (isto é, a viriculação e o direito) existe desde logo, (donde o direito expectativo), se bem que a

petição esteja suspensa: "ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ***ex*** ea suspensa sit" (L. 26, D., *de stipulatione seruorurn,* 45, 3). Foi essa a concepção que passou ao direito luso-brasileiro, e se firmou, depois, no brasileiro, através da fórmula do *Esboço, art.* 597: "Enquanto pender a condição suspensiva, isto é, até que se cumpra, ou não se cumpra, ou seja certo que não se cumprirá, não se tem ainda adquirido o direito a ela subordinado; *mas tem-* se a *expectativa de adquiri-lo* com *os direitos abaixo declarados."* Era a distinção que se convinha fazer, e se fez, entre o direito expectativo e o direito expectado; para a qual faltaram a Paulo os conceitos precisos.

Se há condição suspensiva, já há direito expectativa; não há o direito expectado. Já existe o ato jurídico, já produziu o efeito mínimo mais esse efeito, que é o direito expectativo. Não há simples expectativa de direito, confusão em que parece ter incorrido a 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 5 de maio de 1950 *(RF*

132/418). Também o julgado da 5º Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 12 de outubro de 1949

(132/ 455), fere a terminologia e a técnica científicas. Se a condição

não mais se pode realizar após a morte de qualquer dos contraentes, ou de um deles, a morte tem a consequência de se tratar o ato jurídico como se não realizada a condição; porém a falta de eficácia não resulta, aí, de não se poder transmitir o direito expectativo; nem, o que é confusão mais grave, se há de considerar desfeito (plano da existência) o ato jurídico. Igual confusão entre plano da existência e plano da eficácia esponta ao acórdão da 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 4 de abril de 1950 *(RF* 132/422): o art. 119 fala de se extinguir, com a realização da condição resolutiva "o direito a que ela se opõe" (o direito, portanto efeito); o acórdão, fugindo à ciência e à letra da lei, refere-se a convenção que se dissipa.

O

direito expectativo é tutelado durante a pendência (não éele que pende, é o direito expectado): pelo art.

120; pela possibilidade de arresto ou de outra medida cautelar, ou de conservação (art. 121); pela admissão ao concurso ou à falência do devedor condicional; pela execução forçada, se é o caso; pela ação declaratória.

Também, especialmente, se tem de ser feito arrolamento de bens e passivo do devedor, ou do credor (W. Holtz, *Der Schwebezustand bei bedingten Recbtsgeschãften,* 10 s. e 39 s.).

Durante a pendéncia da condição, o direito expectado ainda não é. Se o titular do direito expectativa cede o direito expectado, cede direito futuro. Por isso continua legitimado, material e pracessualmente, enquanto não há o advento da condição. A relação jurídica que existe entre titular do direito expectativa e o devedor é de direito obrigacional, porém isso não impede que se dê ingresso no registro ao negócio jurídico concernente a móveis, que se adquiriram sob condição (Max Neumann, *Uber die Recbtswirksamkeit* uon *VerJúgungen wà)irend des Schwebens einer aujschiebenden* Bedingung, 52), — espécie em que, havendo tradição, o titular do direito expectativa apenas tem posse imediata, tendo ficado a posse mediata com o tradente. Não se precisa pensar em pré-efeito; trata-se de efeitos, que de modo nenhum são prévios. Se o devedor aliena a coisa durante a pendência, sem que, na espécie, o direito reconheça eficácia *erga* omnes, ou perante alguém, do negócio jurídico condicional, a alienação éeficaz (H. Banke, *Uber die Rechtsunwirkswnkeit von Verfíigungen wàhrend des Scbwebens einer aufscbiebenden Bedingung,* 32), ainda depois do advento da condição (Max Ncumann, *Uber die Recbtsunwirksamkeit uon Verfúigungen,* 62). Quanto às disposiçôes pelo titular do direito expectativo, porém já quanto ao direito expectado, trata-se de disposições de direito futuro, ou de bem alheio. Se a condição não se realiza, disposição não houve, e o adquirente pode pedir que se lhe repita o preço (O. H. Wendt, *Die Lebre* vom *bedingten Recbtsgeschãft,* 34); mas, se o disponente por outro modo adquiriu o bem, eficaciza-se, por principio, o negócio jurídico.

Alienação do objeto do negócio jurídico condicional. A alienação do objeto do negócio jurídico condicional é alienação de bem alheio, ou somente alienação do direito expectativo ao objeto enquanto não se imple a condição. Naturalmente, contra terceiro, a eficácia depende do registro. Se há tal eficácia, a sentença que se profira em processo, cuja litispendência foi depois de concluído o negócio, ou depois de se perfazer o ato jurídico stricto sensu, embora antes de se adimplir a condição, é sem eficácia contra o titular do direito expectativa (cf. E. Strohal, *Grenzen der Urteilsrechtskraft,* 137 s.). O princípio de que o implemento da condição só tem eficácia *ex* nunc não é princípio cogente. Pode ser estabelecida a eficácia *ex* tunc, porém tal cláusula só tem caráter obrigacional: por ela, os figurantes obrigam-se a admitir que o efeito da condição é o que teria sido, se a condição se houvesse cumprido no momento anterior que se escolheu. Tal cláusula é assaz importante em matéria de direito aos fmtos, riscos da coisa e responsabilidade do outcrgante. Não há efeitos reais de tal cláusula (E. J~ger, *Nomrnentar zur Konkursordnung,* 1, 76).

Assim, se A vende a B, sob condição suspensiva, a fazenda, ou a vaca, a colheita da fazenda, ou a cria da vaca, entre o contrato de venda e compra e o implemento da condição, pertence a A, ainda se a cláusula de

retroeficácia foi inserta no negócio jurídico. Mas se houve aquela cláusula, tem crédito contra A. No juízo concursal de A, B tem crédito quirografário, e não pretensão reivindicatória.

11.

Não-implemento da *condição e consequências.* Se a condição suspensiva não se imple, o efeito suspenso não se produz. O que se tutelou, ainda provisionalmente, caduca e, pois, perde efeito, ipso *iure,* ou, se a lei processual exige a decisão de levantamento da medida cautelar, há alegação bastante para ele, com eficácia sentencial *ex* tunc, pelo elemento declarativo que há na carga de eficácia da sentença. Se não se imple a condição resolutiva, não há resolução.

§ 546. Condição resolutiva tácita

1.

Dicotomia. O Código Civil refere-se a condições tácitas e dá relevância à distinção entre as condições expressas e as condições tácitas, dizendo (art. 119, parágrafo único): "A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo." Os intérpretes, Clóvis Bevilacqua (Código Civil Comentado, 1, 402 s.) à frente, confundiram condições tácitas, isto é, condições tacitamente manifestadas ou presumidas, com as condiciones iuris e com o direito de resolução fundado em inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único). Ao art. 1.092, parágrafo único, não alude o art. 119, parágrafo único. A condição tácita é condição verdadeira, resulta de vontade dos figurantes ou do figurante posto que só tacitamente manifestada (e.g., se A lega a casa a B, seu filho, "que não tem descendência", e diz que, por morte de B, passará a C, tem-se por tacitamente querido que somente passe a C, se B não tiver filhos, cf. L. 102, D., de condicionibus *et demonstrationibus,* 35, 1; se legou à mulher e, depois, se separou judicialmente ou divorciou).

2.

Obrigações *resolutivas* condicionadas. *Em se tratando de* obrigações, a condição resolutiva opera de pleno direito, se expressa. Entendeu o legislador brasileiro que a eficácia depende de interpelação judicial, se tácita. Exemplo: A prometeu a B a venda da casa, depois de B lhe haver comunicado que se mudaria, com urgência, para o Rio de Janeiro e precisava dela para sua residência, apelando para a amizade entre eles, e B

não mais vem para o Rio de Janeiro, por ter aceito, e.g., cargo permanente no lugar em que se achava, ou alhures; tal contrato, se contém cláusula tácita, não se resolve sem interpretação judicial.

art. 119, parágrafo único, para o qual não se encontra similar, só se refere às obrigações. Não pode ser invocado fora do direito das obrigações, isto é, no direito de família, no direito das coisas e no direito das sucessões. Realizada a condição resolutiva expressa, todo efeito do negócio jurídico cessa, ipso *fure.* Se tácita, precisa-se da interpelação.

§ 547. Eficácia dos atos pendente a condição suspensiva

1.

Pendente a condição. Sempre que o efeito jurídico não se produz desde logo, mas apenas resulta do direito expectativo já existente pendente condicione, irradia-se ele, realizada a condição, ainda que não mais viva o que dispôs, ou tenha caído em incapacidade, ou tenha perdido o poder de dispor, ou tenha alienado a outro a coisa. O que dispôs sob condição suspensiva fica em situação idêntica à do que é titular sob condição resolutiva. Se a condição se realiza, o direito expectativo daquele que dependia da condição suspensiva se faz direito pleno e o que ainda era titular perde o seu. Por isso mesmo, a execução forçada e o concurso de credores do outorgante não atingem o direito expectativo do outorgado. Daí a regra jurídica do art. 122: "Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompativeis." Noutros termos: Se alguém dispôs suspensivamente, qualquer disposição sobre o mesmo objeto só é eficaz, realizada a condição, se não é incompatível com o direito pleno nascido ao outorgado. O art. 122 somente se refere a disposições e, por analogia, a execuções forçadas, arrestos, sequestros e outras medidas constritivas, cautelares ou não, e não às obrigações (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 39º ed., § 185, nota 2). Trata-se de restrição àdisposição ou a atos de segurança; a ineficácia dos atos posteriores é absoluta, e não relativa. O direito expectativo é esteado pela

natureza formal e negativa da condição suspensiva (E Heitsch, *Die Verft)gungsbeschrãnkung des* § *161 808.,* 16).

2. Conteúdo do *art. 122.* A subtração que o direito expectativo faz à propriedade é tal, que E. 1. Bekker *(Systern,* II, 340) chegou a dizer, exagerando, que, *pendente* condicione, ninguém é dono exclusivo (lKeiner is Alleinherr). A condição, com o art. 122, de certo modo agarra o bem, impedindo que terceiros adquiram direitos colidentes com o do adquirente sob condição suspensiva (E. Eothe, Begriff Zweck und Wirkung der Bedingungen, 37). Se o alienante foi condenado a declaração de vontade que importe em algo incompatível com o direito expectativo do que adquiriu sob condição suspensiva, não tem a sentença eficácia contra esse, que pode usar dos meios jurídicos contra a eficácia, que se entenda emprestar à sentença, inclusive perante o registro. Também éineficaz contra ele a sentença que condene o alienante a transferir a terceiro a propriedade, ou a posse (cp. E. Schulz, BegrifI der Verfdgung, 38). O adquirente, que acaso sofra com a eficácia da sentença, tem pretensão obrigacional contra o alienante, além da ação real (H. Bolten, (iber BegrEiL Wesen und rechtlicbe Behandlung der aufscbiebenden Bedingung, 94). O outorgado tem, durante a pendência da condição suspensiva, legitimação para defesa do seu direito expectativo.

§ 548. Ônus da prova

1.

Condicionalidade *e implemento da* condição. Se o autor pleiteia, como se o ato jurídico fosse incondicionado, e o réu alega condição suspensiva, tem aquele o ônus de provar a incondicionalidade do ato jurídico. Se o réu alega que o ato jurídico foi resolutivamente condicionado e que a condição se realizou, o ônus da prova da condição resolutiva e do seu acontecimento cabe ao réu (J. Biermann, Btirgerlicbes *Recht,* 1, 317; Fr. Leonhard, *Die Beweislast,* 315 s.; diferentes: E. Eetzinger, *Die Beweislast* im Zivilprozess, 103; H. Eeckh, *Beweislast* nach dem *SOB.,* 156 s.; L. Rosenberg, Die *Beweislast,* 84; P. Oertmann, *Allgemeiner Teu,* 483; R.

Leonhard, *Der Aligemeine Teil,* 391; E Endemann, *Lebrbucb,* 1, 8º-9º ed.,

507, nota 17; O. Planck, Kommentar, 1, 4º ed., 416). Se a condição mesma não está em discussão e só se discute se ocorreu, ou não, o ônus da prova toca ao que alega ter ocorrido ou falhado a condição (O. Planck, *Koninientar,* 1, 4º ed., 416, d).

2.

Prova da condição posterior *e do irnplemento.* Se o demandado afirma que houve condição suspensiva, posterior ao ato, incumbe-lhe provar o que alega. Se o demandante assente em que houve condição resolutiva, posterior ao ato, e o demandado afirma que se realizou, a esse cabe o ônus da prova. Se aquele afirma que falhou, tem de o provar.

3.

Outras regras jurídicas sobre ônus da provo. Se, na demanda, odemandado admite haver o negócio jurídico, ou o ato jurídico stricto *sensu,* mas alega que houve condição suspensiva, ou termo inicial, é ao demandante que toca o ônus de afirmar e provar que não houve a condição ou o termo, — e isso pela inseparabilidade do negócio jurídico e sua modalidade. A alegação do demandado é negação. *Aliter,* se o demandado afirma que ocorreu, posterior-mente, condição ou termo; porque então alega algo de separado do negócio jurídico e sua modalidade originária. Se o demandado

alega que se realizou condição resolutiva, ou termo final, tem ele o ônus de prová-lo. Outrossim, se o demandado afirma que a relação jurídica era denunciável e deixou de o ser (L. Enneccerus, *Lebrbucb,* 1, 30~-

34º ed., 496, nota 21), ou que havia a condição resolutiva e houve a novação, tem de prová-lo.

Quem alega que houve malícia, para provar a incidência do art. 120, tem de prová-lo.

§ 549. Conceito de termo

1.

O que é *termo.* Termo é a determinação mexa, sobre o tempo em que há de começar ceda eficácia, ou algum ou alguns efeitos hão de começar, ou em que há de terminar toda a eficácia, menos o efeito mínimo, ou

algum ou alguns efeitos do ato jurídico hão de terminar, se não há incerteza sobre esse evento. Se foi concebido o termo como determinação no plano da existência do ato jurídico, e não no plano da eficácia, quis-se invadir o tempo fazendo não ter sido o que em verdade foi. O termo, de que temos de falar, é manifestação de vontade, mexa, que só opera no plano da eficácia; noutras palavras: somente concerne ao nascimento, modificação ou extinção de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções.

2.

Termo explícito e *termo implícito.* O termo pode ser *explícito* ou *implícito.* A natureza da prestação, o lugar da execução ou a própria natureza do negócio juridico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* pode determinar termos implícitos. As vezes tem-se de pedir ao juiz que examine a espécie e, por falta de acordo, explicite o termo ou o precise. Outras vezes, ao devedor ou ao credor é que incumbe fixá-lo.

3.

Condição, *termo e ilicitude; impossibilidade jurídica.* Papiniano, na L. 79, *pr.,* D., *de* condicionibus *et demonstra* tionibus, 35, 1, feriu o ponto quando disse que não havia condição se a condição era a morte de alguém: então, há demora no efeito, e não condição (non condicione, *sed mora suspenditur:* non *potest enim* condicio non *existere).* O tom paradoxal vai por conta de estilo; de modo nenhum se há de tirar que Papiniano houvesse considerado os termos espécie de condição (sem razão, Fr. Adickes, *Zur Lebre* von *den Bedingungen,* 61 e 69, e O. Wendt, *Lebrbuch,* 128 s.). Nem se invoque a L. 75, porque ai só se quis dizer que não é a forma mas a vontade que importa (cf. E Maassen,

Zur Lebre von den Bedingungen, 24 e 27). É certo que se podem misturar condição e termo, mas é sempre possível distingui-los (cf. O. Lenz, *Zur Lebre vom* Dies nacb *rôrnischem Recht,* 72 **5.;** critica de tais confusões em M. Horowitz, *Der Anfangstermin,* 22 s.), ainda quando seja torpe ou impossível a condição inserta, porque o torpe é psíquico e faz condicional a determinação mexa, ao passo que a impossibilidade exclui a condicionalidade e o termo, sendo absurdo falar-se de termo imoral, ilícito, ou tome, como 1. P. Salomon *(Das Wesen* des *befristeten Rechtsgescbàfts, 66;* contra isso já E

von Savigny, *System,* III, §127, 217). A determinação quando A morrer por suicídio é condição, e não tem termo.

O termo pode ser juridicamente impossível; não há, porém, termo ilícito.

§ 550. Termo inicial, direito e pretensão

1.

Conceito *e espécies de termo* inicial. Diz-se a termo inicial o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu,* quando alguns ou todos *menos* um, no máximo, dos seus efeitos devem começar em momento determinado. Tal efeito ou tais efeitos ficam sustidos. (Não vem ao caso se é possível que se vença antes, por força da lei, ou vontade manifestada no ato jurídico.) O acontecimento é cedo (dies *certus an),* ou seja por se saber que ocorrerá e quando *(dies certus aii certus quando),* ou seja por se saber que ocorrerá, sem se saber quando *(dies certus* an incertus *quando),* e.g., quando A morrer.

Em princípio, todos os negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* são suscetíveis de neles se inserir a cláusula de termo inicial, sem se excluirem os negócios jurídicos reais (hipoteca, penhor, anticrese, usufruto, uso, habitação). Às vezes, proibem-se condições e termos (e.g., no casamento, no reconhecimento de filhos, art.

361, na adoção, art. 375); outras, só a condição (e.g., nos títulos cambiários, na criação das pessoas jurídicas, nas revogações, nas resoluções e resilições; na denúncia vazia, ou cheia).

2.

Termo inicial e condição; *direito expectativo.* No direito brasileiro, o art. 123 diz: "O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito." No Código Civil francês o art. 1.185, doutrinariamente, distinguia a condição e o termo: "Le terme différe de la condition, en ce qu‟il ne suspend point l‟engagement, dont il retarde seulement l‟exécution" (cf. italiano anterior, art.1.172). A teoria do termo com aquisição foi seguida pelo direito francês e os sistemas por ele influenciados e, na doutrina pandectista, por E Savigny, O. E

Puchta, H. Dernburg, L. von RelIer, E Regeisberger, 1 Baron e outros; a teoria oposta, seguiram-na J. Unger *(.System,* II, 89, nota 6), C. G. von Wächter *(Pandekten,* 1, 397 sj, L. Arndts *(Lebrbuch,* 8º ed., 98 s.), B.

Windscheid *(Lehrbucb,* 1, 7 ed., 501 s.) e E. 1. Bekker *(System,* II, 310 s.). O que mais acontece, no trato da vida, fora dos negócios jurídicos obrigacionais e dos atos jurídicos *stricto sensu* obrigacionais, é suster-se a aquisição: se transmito a E a coisa, a termo inicial, faço-o suspensivamente; E não é desde já titular do direito

de propriedade, porque, se o fosse, teria eu apenas de ter comigo a coisa, em constituto possessório. Se me obrigo a termo inicial, a minha obrigação não nasceu, nasceu a minha dívida, e foi a isso que aludiu o art. 123.

A pretensão de E e a minha obrigação exsurgirão ao advento do termo inicial. Existe, podanto, o problema sobre a natureza da regra jurídica do art. 123 e o problema do conteúdo do art. 123. Não se trata de *Lus cogens,* nem no é o próprio § 163 (§ 158) do Código Civil alemão, que trata o termo e a condição com os mesmos princípios. Ter-se-ia de assentar se a regra jurídica é dispositiva ou interpretativa. Os arts. 123 e 115, 1ª parte, afastam que se possa negociar excluindo-se o próprio negócio jurídico; seria negar-lhe todo efeito, — a contradição de juridicamente estabelecer-se que o estabelecido não é jurídico. Restaria, pois, ou considerar-se adquirido o direito, ou adquirido o direito expectativo.

3.

Termo inicial, créditos e direitos reais. Quanto ao conteúdo, o mais importante é saber-se se a) o art. 123

só se refere aos créditos, ou, ao invés, aos créditos e aos direitos reais. Se se refere a esses, o *quid,* que se adquire, é o direito expectativo, pela dificuldade de se adquirir, *agora,* o que só se quis transferir mais tarde, ou é o direito real mesmo. Então, respectivamente, o que se passa com o termo inicial é o mesmo que se passa com a condição suspensiva, ou se tem por adquirido, desde já, o direito real, adiada a tradição. O crédito (= direito) existe, como a dívida; não existe a pretensão e, pois, a obrigação. Em se tratando de direito real, o art. 123

chocar-se-ia com o art. 620, *in fine,* que só admite, em vez da tradição, o constituto possessório, ou a cessio actionis do art. 621. Em se tratando de imóveis não se admite a condição suspensiva, nem o termo inicial, que suspenda ou sustenha; ou se interpretaria que se deixou a posse, até certo tempo, ou até evento cedo, ao alienante, ou em verdade o termo foi resolutivo, e não inicial.

Em verdade, não se deve interpretar o art. 123 sem se levar em conta a ignorância, que havia, em torno dos direitos expectativos. O *dies,* termo inicial, era admitido em direito romano; não assim o resolutivo, exceto em *bonae lidei* negotia. Os negócios jurídicos sujeitos a forma, como a *stipulatio,* a *mancipa tio* e a in *jure* cessio ignoravam-no. Era nenhuma a alienação *ad tempus* por tradição, segundo o direito: "cum ad tempus proprietas transferri nequiverit" *(Fragmenta Vaticana,* § 283). O direito pretório alterou-o. Nas Institutas de Justiniano (§

2, *pr.,* 1, *de verborum obligatione,* 3, 15), disse-se: "id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest": deve-se desde logo, mas não se há a pretensão, nem a ação; ou, se se trata de propriedade, o direito expectado ainda não se tem, tem-se o direito expectativo. Os juristas romanos andaram por perto de exato colher da verdade jurídica; foram os pandectistas que deformaram o que leram, e do seu erro resultou ainda haver a regra jurídica interpretativa do art. 123: se o termo é inicial, tem-se como só concernente ao exercício (= pretensão e ação); salvo se, permitido na espécie, sustém a aquisição. A construção do crédito futuro como atual seria forçada; nem seria de admitir-se que a tutela do crédito futuro fosse a do crédito atual. O art. 123 não autoriza a ter-se como a produzir efeitos de crédito atual, munido de pretensões

e ações, o crédito futuro; o que ele constrói é o crédito (direito) *ainda* sem as pretensões e ações, que correspondem ao efeito sustido. No que concerne aos direitos reais, o art. 123, se incide, leva a buscar-se a categoria que se lhe ajuste: o constituto possessório (art. 620), a cessio actionis do art. 621, a transmissão da propriedade imóvel com reserva da posse in *diem.* O direito expectativo pode existir, se o art. 123 não incide: então, a despeito da certeza, que há no termo, trata-se ele como a condição. Melhor não teria sido que, em vez de se formular, como se formulou a regra jurídica do art. 123, se houvesse adotado redação da regra jurídica interpretativa que somente visse como *id quod plerum que fit* o termo inicial que sustém e considerasse a obrigação e a ação como *posterius.* Tal como está, se o art. 123 incide, o crédito nasce, — não nascem todas as pretensões, ações e exceções. Qualquer efeito do crédito, para a sua tutela, é efeito dele fora do que está sustido.

Ê fácil perceber-se que a solução técnica do art. 123, interpretada devidamente, é a mais simples e a melhor. Foi a imprecisão de linguagem que levou a falar-se de "direito eventual", no art. 118, como se o direito pudesse ser e ainda não ser, e de efeitos preliminares, que seriam ora efeitos do direito expectativo, ora efeitos do direito definitivo, com efeitos ou exercícios suspensos. No tocante a termo inicial, somente se pode pensar em direito expectativo a direito, se há óbice à aquisição do direito antes do termo. O art. 123 é dispositivo. Volver-se-á ao assunto, após algumas considerações que são indispensáveis.

4.

Condição *e termo; precisão de* conceitos *e confusões.* Entre a condição e o termo há a diferença quanto ao fato: na condição, pode dar-se que não ocorra; no termo, ainda se há *dies certus an incertus quando,* há certeza de que o fato vai ocorrer. O tempo é conjunto de fatos, que são os minutos, os dias, os meses, ou os anos, cuja dimensão se pré-analisa e cujos elementos se prevêem. A técnica legislativa teve de atender à diferença: o figurante ou os figurantes não tiveram interesse em diferir a eficácia do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* até que certo fato complexo (tempo, espaço + *x)* se desse; bastou-se, ou bastou-lhes o diferimento na dimensão do tempo. Deixa-se, às vezes, de precisar a data. O efeito, em verdade, não pende, não está suspenso, no sentido de pendência da condição (pendulação: pode ser ou nao ser); o efeito está sustido, e

não suspenso. Suspender é pôr no alto, donde pende, como em perpendicular, ou pendulando; ao passo que suster é segurar no alto: não há, no que se sustém, balanceamento, nem pendulação. Sabe-se que o *dies a quo* vai chegar; tudo está preestabelecido e previsto; e sabe-se que o efeito sustido se produzirá, no momento previsto, *ex* nunc. Quanto àaponibilidade dos termos, termo inicial e condição suspensiva estão, de regra, sujeitos às mesmas exigências e à mesma livre concepção dos figurantes ou do figurante. Alguns atos jurídicos *stricto* sensu e alguns negócios jurídicos são suscetíveis da inclusão de termos, posto que incondicionáveis *(e.g.,* os títulos cambiários, Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, ads. 6º e 55, e os cambiariformes, Lei nº

5.474, de 18 de julho de 1968, art. 2º, § IA, III), e Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, art. 32, IA parte. E

inexistente a declaração de termo em que há de começar o direito do herdeiro, se não se trata de fideicomisso (art. 1.665), posto que entre no mundo jurídico e valha a condição-cláusula. O credor não pode cobrar a dívida antes de vencido o prazo, salvo se ocorre uma das espécies do art. 954,1-111. O que recebeu divida condicional antes de cumprida a condição tem de restituir o enriquecimento injustificado (art. 964, alínea 2ª, se houve erro do pagante (art. 965). *Aliter,* em se tratando de termo: o devedor não pode repetir o que pagou antes do *dies a quo,* ainda se ignorava a existência de termo a seu favor.

Diz o art. 123 do Código Civil: "O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito." Já vimos o que o art. 118 estatuiu: "Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa." O efeito escapo à condição é o direito expectativo (a que o art. 121 chama "eventual"); resta o direito, *a que ele* (o ato) *visa* (art. 118). No art. 124, IA parte, lê-se:

"Ao termo inicial se aplica o disposto, quanto à condição suspensiva, nos arts. 121 e 122." Portanto, há direito que exsurge, desde logo, das duas cláusulas e a mesma tutela jurídica; mas o art. 123 e o art. 118 apontam a diferença. O direito alemão (§ 152, alínea IA) tem regra jurídica correspondente ao art. 118 (idem, o Código suíço das Obrigações, art. 151, alínea 2º); não a que corresponderia ao art. 123, se bem que tenha a que inspirou ao Código Civil brasileiro o art. 124. Tem-se, pois, de colher o pensamento exato do art. 123. No art. 118,

que se refere à condição, combinado com o art. 121, há a distinção entre o direito expectado, a que o ato visa, e o direito expectativo; no art. 123 nada se disse sobre direito expectado, exatamente porque o direito já existe. O

art. 123 coda cerce a discussão entre os romanistas (pela existência do direito, desde logo: E von Savigny, *Systern,* III, § 126; C. 6. Wàchter, *Handbuch,* II, 97; A. v. Scheurl, *Zur Lebre uon den Nebenbestimmungen,* 29

5.; L. Enneccerus, *Rechtsgeschâft, Bedingung* und *Anfangstermin,* 307 s., 422 **5.;** E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 577; P. Siméon, *Das Wesen des beJristeten Recbtsgescbãfts,* 10 **S.;** contra: por iniciativa de J. Unger, *System,* II, 89, nota 6, L. Arndts, *Lebrbucb,* 8º ed., 100 s., nota 6, desde a 3º ed.; em parte, A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten,* IV, § 551, 1519; B. Windscheid, *Lehrbucb,* 1, 9º ed., 501 s., nota 5; E Schulin, *Uber Resolutivbedingungen* und *Endtermine,* 186).

Recorreu E. 1. Bekker *(System,* II, 310 s.) à noção de pré-direito, *Vorrecbt,* que se tornaria, com o advento do termo, direito pleno, *Vollrecbt,* — o que se há de repelir pela artificialidade mesma do conceito.

5.

Interpretação do art. 123 e discussão do *assunto.* O art. 123 pode ser lido como se dissesse: "O efeito pleno do negócio juridico ou do ato jurídico *stricto sensu* só se produz com o advento do termo inicial." Mas

~que se entenderia por efeito pleno? A proposição seria ceda, porém larga demais. Exatamente o que se precisa saber é *qual* o efeito que falta. Tampouco, adiantaria dizer-se que, à semelhança do que ocorre com a condição suspensiva, já há, de início, direito expectativo; se houvesse direito expectativo, não haveria direito expectado, portanto faltaria esse direito, — e esse direito expectativo só se distinguiria do direito expectativo oriundo de negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu, s*ubordinado à condição, em que não haveria incerteza sobre o resultado final. Chegou-se a dizer que essa é a razão por que mais facilmente se estima o valor do direito expectativo no caso de termo inicial do que o valor do direito expectativo em caso de condição suspensiva. No direito alemão, a falta de regra jurídica que correspondesse ao art. 123 e o fato de remeter o § 163 ao § 158, que é menos preciso que o art. 118 do Código Civil brasileiro, permitiram

que a discussão permanecesse. Se, por um lado, há os que entendem que só haveria o direito ao pagamento "quando se atingisse o termo", — o que faz distintos os conteúdos dos créditos com termo e dos créditos sem termo, portanto não existência antes do termo, há, por outro lado, os que deixam àinterpretação do ato jurídico discernir se, na espécie, se diferiu apenas o exercício (e tratar-se-ia de termo) ou a existência (e ter-se-ia condição); e, ainda, os que borram qualquer diferença entre o que se passa se há termo e o que se passa se há condicionalidade. O Código Civil brasileiro, art. 123, tomou atitude doutrinária, e acedou, embora com má redação: "O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito" (cf. Código Civil francês, art. 1.185: "Le terme diffère de la coniition, en ce quil ne suspend point l"engagement, dont ii retarde seulement l"éxecution", o que é de impropriedade terminológica ressaltante; o Código Civil argentino, art. 566: "La obligación es à plazo, cuando ei ejercicio deI derecho que à elIa corresponde estuviere subordinado à un plazo suspensivo ó resolutorio"; *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 643: "Antes do vencimento do prazo suspensivo, o direito fica adquirido; mas o seu exercício será retardado até o dia do vencimento do prazo.") O direito a que se refere o art. 123 é transmissível a causa de

mode ou entre vivos, e pode ser penhorado, se por aí não é intransmissível, ou impenhorável. Em caso de concurso de credores, entra na massa.

No que concerne a atos jurídicos, *e.g.,* atos de disposição, não obrigacionais, a aquisição é efeito expectado.

Quem compra a termo inicial, coisa móvel, que lhe é entregue, não pode pretender que a propriedade lhe haja passado. O direito, aí, é expectativo. Não é o mesmo que só haver disposição quando se atingisse o *dies a quo.*

Assim, como se passa a respeito dos negócios jurídicos condicionais, a capacidade e o poder de dispor do alienante são apurados no momento da conclusão do contrato, e não no momento do advento do termo. Não impodam as disposições posteriores, salvo se algum adquirente está protegido em virtude da publicidade, ou da boa-fé.

6.

Direito atual, pretensão e ações futuros. Os juristas falam de direito expectativo, em se tratando de negócios jurídicos a termo e de atos jurídicos *stricto* sensu a termo. Salvo quando está em foco disposição que se adie, tal direito não é expectativo; nenhum direito se expecta: ao atingir-se o termo, não há criação de outro direito; portanto é erro dizer-se que, ao advir o termo, do direito expectativo nasce o crédito e, pois, a dívida.

Em péssima terminologia, distinguiram-se os negócios juridicos com *créditos a pra* zo ou *a termo (bel ristete Forderungen),* e os negócios jurídicos com créditos adiados *(betagte Forderungen),* por não existirem naqueles, e existirem nesses, desde logo, créditos *(e.g.,* P. Langheineken, *Anspruch und* Em *rede,* 69 s.**;** H. Lehmann, *Die Unterlassungspflicbt,* 78 S.; O. Planck, Kommentar, *II,* 4º ed., 161; A. von Tuhr, *Der Aligememne Teu,* III, 325

s.**;** E Endemann, Lebrbuch, 8ª-9ª ed., 390, nota 9; J. Biermann, *Bdrgerlicbes Recbt,* 314 s.). Pela falta de regra jurídica semelhante ao art. 123, no direito alemão, chegou-se a sustentar que o § 163 só se referia aos chamados créditos a termo (o que seria repelido pela regra juridica do art. 123, se em direito alemão existisse, escrita), *e.g.,* H.

Rehbein *(Das Búrgerlicbe Oesetzbucb,* 1, 240), P. Oedmann *(Allgemeiner Teu,* 499), E Endemann *(Lebrbuch,* 1, 8º-9º ed., 390), J. Biermann *(Das Bíirgerlicbe Recht,* 1, 314 s.), A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* III, 326). Contra isso, insurgiram-se O. Planck *(Kommentar,* 1, 4º ed., 426), H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recta,* 1, 3º ed., 518); H. Leonhard *(Der Aligemeine Temi,* 416, nota 2) e L. Enneccerus *(Lebrbucb,* 30∼-34º ed., 1, 508 s., nota 3). Cientificamente, é absurdo terem-se como os atos jurídicos, de que se fala quando se trata de termo, aqueles de que só resulta o direito depois de atingido o *dies a quo:* esses não são créditos a termo; são créditos que nascem *pro rata tem poris,* como as pensões alimentícias, os juros e os aluguéis. O Código Civil brasileiro, no art. 123, tem a grande vantagem, em relação ao Código Civil alemão, de vedar que se misturem esses créditos futuros e os créditos a que ele, no art. 123, se refere, para os dizer atuais. Se foi estipulado que o crédito só nasceria ao advento do termo, o art. 123 não incide; porém esse crédito mesmo não estaria na classe dos créditos *por rata tem poris,* e o art. 124 incidiria.

7.

Créditos pro rata temporis. O art. 124 nada tem com os créditos por *rata tem poris* (pensões, soldadas, soldos, vencimentos, interesses, aluguéis). Nem se precisa, em vidude de aplicação analógica, como faz A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* III, 329), de lançar mão de tal regra jurídica (nem do § 163 do Código Civil alemão); nem cabe invocá-la. Nesses créditos futuros, não há, ainda, direito. Todavia, por estarem ligados a fatos jurídicos *ante* riores, que, de regra, estabeleceram direito a esses créditos futuros, cabem a ação de prestação futura e as medidas cautelares, como o arresto. O direito expectativo, e não eles, enquanto futuros, entra na massa concursal, e é penhorável. Advindo o *dies a quo,* existem eles; entram na massa concursal e são penhoráveis. O que foi pago por erro, existindo o termo inicial, segundo o art. 123, é irrepetível *(aliter,* se há condição suspensiva, art. 964, alínea 2º). O que foi pago, tratando-se de crédito futuro, é repetível. Não há ofensa possível, com base no art. 159, ao crédito futuro (1-1. Rehbein, *Das Búrgerliche Oesetzbucb,* 1, 241; A.

von Tuhr, III, 330; 1(. Cosack, *Lebrbucb,* 1, 6º ed., 228; H. Siber, em O. Planck, *Kommentar,* II, 1, 161; contra, P. Oertmann, *Allgemeiner TeU,* 499; *O.* Planck, *Kommentar,* 1, 426); mas pode havê-la ao direito expectativo, se o há. Se A aluga a B o automóvel para o carnaval e, por erro, lho entrega uma semana antes, pode exigi-lo de volta antes de vir o primeiro dia do carnaval: a prestação antecipada foi injustificada, porque ainda não havia direito de B àentrega. Idem, em se tratando de juros que, por erro, antecipadamente se pagaram. Se o segurador paga o seguro de vida aos beneficiados, por ter crido, erradamente, que o segurado morrera *(dies certus an),* não pode repetir o que foi pago: ***o** direito existia;* o segurado tem de continuar a pagar os prêmios, até morrer (A. von Tuhr, *Der Aligemeine TeU,* III, 330, nota 44).

Os créditos futuros, *por rata temporis,* não se hão de considerar vencidos, na falência; *aliter,* os créditos a termo, incluídos no art. 123. Por isso, juros só se contam quando se fazem devidos, e as leis falenciais costumam excluir-lhes a pretensão no concurso; os aluguéis, que se vencem depois, são créditos contra a massa,

— não se vencem os futuros, como seria pela regra jurídica do art. 25 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho

de 1945: “A falência produz o vencimento antecipado de todas as

dívidas do falido e do sócio solidário da sociedade falida, com o abatimento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada." Nem se precisa da regra jurídica do art. 25, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661: "Não têm vencimento antecipado as obrigações sujeitas a condição suspensiva, as quais, não obstante, entram na falência, sendo o pagamento diferido até que se verifique a condição."

§ 551. Termo inicial e pretensão

1.

Direito ainda sem pretensão. Ao direito, que já existe mas em cujo conteúdo há o défice de tempo (em vez de poder ser exercido hoje, só o será depois), falta a pretensão. *A fortiori,* a ação, exceto a ação declaratória e a de prestação futura. Não é o mesmo o que se passa com a condição, em que somente há o direito expectativo e o que falta não é a pretensão, ou a ação, e sim o próprio direito expectado. Muito houve de esforçar-se o cérebro humano para se chegar a tão precisas conclusões.

Teve-se como cedo que, no caso de termo inicial, o direito não se adquire até que o termo ocorra (J. Unger); contra o que sustentava E von Savigny *(System,* III, § 126, 210): somente visa a sustar o exercício. Mas ambos estavam errados: efeitos dos atos jurídicos são direitos, pretensões, ações ou exceções, e qualquer deles pode ser o efeito sustido; a questão é de fato (J. A. Fritz, *Erlâuterungen, Zusâtze und Berichtigungen,* 1, 197; Isidor P. Salomon, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschâfts,* 32; A. von Scheurl, *Beitráge,* II, 29). O que se diz no art. 123 é que, se nada se dispôs diferentemente, só se sustêm a pretensão e a ação.

2.

Produção do *efeito sustido.* Com o advento do termo inicial, produz-se o efeito *que fora* sustido. Tal efeito não é *outro* direito (nem todos os efeitos dos atos jurídicos são direitos); salvo, em se tratando de termo inicial em ato jurídico não-obrigacional, porque, então, há *plus* a satisfazer-se. Em relação a esse efeito do ato jurídico não-obrigacional, que é outro direito, é que há direito expectativo e direito expectado,

ou, até, direito formativo. Não, em relação ao efeito sustido, em matéria de direito das obrigações: porque, aí, não há direito expectativo; há direito, e desse direito vão irradiar-se os efeitos a que o termo inicial se refere. Se a venda e compra foi a termo inicial, há o direito, oriundo do negócio jurídico obrigacional, a que *ainda* falta a pretensão (ficou sustida pela aposição do termo), e há o direito formativo oriundo do acordo de transmissão da propriedade e posse; não a transmissão mesma. O vendedor continua dono da propriedade. No fideicomisso, a propriedade vai ao fiduciário. Na cessão do crédito, devido àfuturidade da transferência (simultânea, no máximo, ao *dies* a *quo)* do crédito cedido a termo, continua titular o cedente, posto que, no plano não-obrigacional, o direito expectativo, contra o cedente, talvez com eficácia *erga* omnes, já exista. Na remissão a termo, o crédito subsiste, com ou sem interesses, segundo a declaração de vontade, até que se atinja o termo fixado.

3.

Termo ***e*** pactum de non petendo. Quanto à pretensão, cumpre distinguir o termo e o *pactum de* non *petendo in tem pus.* Se A toma a quantia x, em mútuo, para ser paga a divida em seis meses, já deve x, ao receber o empréstimo. A pretensão ainda não nasceu. Se, no fim dos seis meses, ou antes, concede um mês de espera, esse *prazo prudencial* não obsta ao nascimento da pretensão: "aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit" (Paulo, L. 20, D., *de iure* dotium, 23, 3):

"Juliano escreve que vale essa estipulação „quando morras se dê tanto como dote", porque também sói pactuar-se que não seja paga por tal pessoa enquanto viva. O que entendi não semelhante: pois uma coisa é diferir a exação, e outra, desde o início, para o tempo em que não haja de subsistir o matrimônio."

§ 552. Situação do titular do direito em caso de termo inicial

1.

Direito atual não vencido e direito expectativo. No termo inicial, há

certeza, espera-se com a convicção, fundada, de que ocorrerá o *dies.* Tratando-se de obrigações, o direito não é só expectativo, não é o mesmo que existe *pendente* condicione, se a condição é suspensiva: *a)* o direito mesmo já faz parte do patrimônio do titular, é alienável e herdável, se o é o efeito mesmo que se expecta; *b)* o crédito a termo pode ceder-se e remitir-se; *c)* se o outro figurante o destrói, ou prejudica, nasce ao titular pretensão à indenização; *d)* idem, se o dano provém

do terceiro; *e)* na dúvida, o devedor pode pagar o crédito antes do termo, posto que não possa o credor exigi-lo, ou pôr em mora o devedor; fl a ação, que tem o credor, é declaratória, desde que se apresente interesse jurídico, porém cabe, também, a ação de prestação futura, se o crédito não depende (ou já não depende) de contraprestação, se se trata de dies *certus,* se há prestações periódicas a vencerem-se e se há conveniência, pelas circunstâncias, em que se dê desde logo a condenação; *g)* as medidas cautelares podem ser pedidas.

Tudo que acima se disse desenvolve, com proposições necessárias, o conteúdo do art. 124, 1º parte: "Ao termo inicial se aplica o disposto, quanto à condição suspensiva, nos arts. 121 e 122"; mas há *plus* a favor do direito oriundo do termo inicial, em comparação com o direito expectativo, oriundo da condição suspensiva: a pretensão à indenização, a que se refere *c),* é independente de se esperar a realização do fato, o que não se dá quanto à condição suspensiva. A ação de prestação futura somente cabe se as circunstâncias mostram que é de temer-se se furte o devedor *á* prestação (1(. Hellwig, *Anspruch und* Klagrecht, 384; A. Niksch, *Zivilprozessrecht,* 148).

Pode parecer que o art. 136 do Código Comercial se choque com a concepção científica do direito atual do credor por crédito a termo. Diz o art. 136: "Nas obrigações com prazo cedo, não é admissível petição alguma judicial para a sua execução antes do dia do vencimento; salvo nos casos em que este Código altera o vencimento da estipulação ou permite ação de remédios preventivos." Primeiro, não há, ai, pré-exclusão da ação de condenação pela prestação futura, só há pré-exclusão da ação executiva; segundo, prevê-se o vencimento antecipado, o que aqui não nos interessa; terceiro, há referência explícita às medidas cautelares.

Também no art. 1.530 do Código Civil se estatui: "O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro." A ação de prestação futura e as medidas cautelares entram na classe dos casos em que a lei permite; não há ilicitude do ato de propositura. Fora do plano obrigacional só se deixa nascer direito expectativo à aquisição, tal como se passa com o negócio condicionado suspensivamente (arts. 124 e 122, a que aquele alude). Também aí a aquisição é independente de ser capaz e ter poder de dispor, no momento dela; o que transferiu: a aquisição é em virtude do direito expectativo, necessariamente anterior.

2.

Fora do direito das obrigações. Se não se trata de negócio jurídico de direito das obrigações, a semelhança entre a condição suspensiva e o termo inicial cresce; de modo que a interpretação do art. 124 há de ser a seguinte: Aplica-se ao termo inicial o que se estatuiu, nos arts. 121 e 122, quanto à condição suspensiva, salvo no que o termo inicial, na espécie, importa em maior eficácia. Por exemplo: o que deve, no plano do direito das obrigações ou fora dele, a termo, pode, no caso de se não haver disposto em contrário, prestar, com efeito imediato, — o que não se estabelece para o devedor na dívida suspensiva condicional.

§ 553. Termo final, direito, pretensão, ação e exceção

1.

Conceito. Termo final é aquele em que o efeito, que se vinha produzindo, deixa, em *dies certus,* de produzir-se. Se o dia édeterminado *(dies certas an),* pode ser *certus quando* ou *incertus quando.* Por exemplo: o direito a colher frutos há de cessar a 31 de dezembro; o beneficiado terá o usufruto até morrer. O complemento do termo final resile o domínio do adquirente do imóvel e extingue os direitos reais que ele conferiu, enquanto estava vigente o seu domínio (art. 647). A propriedade volve ao alienante. O mesmo ocorre com

qualquer direito real subordinado a termo final, sendo que alguns direitos cessam, se o titular dele falece antes do *dies ad quem* (e.g., o usufruto, o uso e a habitação, arts. 739, 1, 745 e 748). Se a cessão de direito foi a termo final, extingue-se o direito do cessionário; e o que cedera volve a ser o credor do devedor cedido. Com o advento do termo final, termina a relação jurídica obrigacional do contrato *(e.g.,* locação, art. 1.124; mandato, art. 1.316, IV; sociedade, art. 1.399, 1, 2º parte; seguro, art. 1.448).

2.

Direito, pretensão, ação ***e*** *exceção.* O termo final pode ser concernente a direito, ou a pretensão, ou a ação e, até, a exceção. O

que se subordina ao termo pode ser qualquer efeito. O art. 115, 2º parte, não se refere ao termo, — o que é de grande importância, teórica e prática, no que toca à retroeficácia absoluta, se estabelecida pelo figurante ou pelos figurantes. (O termo inicial supõe mínimo de efeito, que é a vinculação; o termo final, se há retroeficácia, pode tudo apagar.)

3.

Extinção do efeito atermado. Entre a perfeição do ato jurídico atermado e o advento do termo final, aquele de quem provém o efeito a termo final é titular de direito expectativo à extinção do efeito atermado (=

extinção do crédito, da pretensão ou da ação; ou = reaquisição do direito real). No art. 647 lê-se: "Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha."

4.

Titularidade em caso de termo final. O que tem direito, pretensão, ou ação, ou exceção, em virtude de ato jurídico a termo final, está na situação normal de titularidade. Aquele, a quem, com o advento do

termo, irá o direito, pretensão, ação, ou exceção, apenas expecta essa titularidade: por isso, se o titular destruir ou diminuir o valor do direito, pretensão, ação ou exceção, tem ele —

pós-titular, que é — pretensão à indenização. Previu-

se isso no § 160, alinea 2º, do Código Civil alemão, e R. Henle *(Lehrbuch,* 1, 302 s.) com o aplauso de Hans Carl Nipperdey (em L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, § 187, nota 1), achou que tal regra juridica escrita é sem qualquer importância. Absolutamente sem razão: o interesse somente desaparece se *todo* ele está na extinção do direito, pretensão, ação ou exceçao.

Capítulo VI

Prazos e Tempo

§ 554. Prazos e contagem do tempo

1.

Termo e prazo. Quando se refere, punctualmente, o tempo, para que algum efeito se inicie, ou se acabe, tem-se o termo. Prazo há quando o tempo tem de correr, linealmente, para que algum fato se dê dentro do trato de tempo, ou expirado o último momento. Há prazos para a prescrição, para a usucapião, para a extinção de direitos; prazos para que se cumpra algum dever, ou obrigação; prazos legais e prazos negociais ou insertos em atos jurídicos *stricto sensu.* Se há termo, durante ele há direito sem pretensão e ação, ou há direito expectativo.

Se há prazo, há, de regra, composição de suporte fático para que algum fato jurídico exsuija, ou para que algum ato se pratique. Termo não se conta, é ponto de tempo; contam-se prazos. Nos prazos leva-se em conta o tempo corrido.

2.

Prazos legais e prazos em atos jurídicos. Prazos legais são os que a lei marcou, como os prazos de prescrição.

Prazos insertos em atos jurídicos são prazos que provêm da manifestação de vontade. Os prazos legais são, quase sempre, marcados em regras jurídicas cogentes; há-os, porém, em regras jurídicas dispositivas ou interpretativas.

§ 555. Contagem dos prazos

1.

Cômputo. De tal modo os prazos interessam ao sistema jurídico (efeitos de direito público, prescrição, usucapião, preclusões, prazos peremptórios; quanto às autoridades e quanto aos particulares) que se impôs *de fure* condendo, desde cedo, a necessidade de se editarem regras jurídicas, dispositivas ou interpretativas, que lhes determinassem a maneira de contagem. Mas tardou a unificação quanto à prescrição. No direito comum, havia pluralidade de regras jurídicas sobre contagem. Ao cômputo natural, *com putatio natura* lis de momento a momento *(a momento ad momentum),* sucedeu o cômputo civil *(computatio civilis),* porém sem abranger, a princípio todas as espécies (L. 3, § 3, D., *de minoribus,* 4, 4): em vez de se contar desde o momento do fato inicial até que se chegue ao momento marcado, só se contavam dias inteiros (L. 8, D., *de ferlis,* 2, 12), de modo

que o trato de tempo *após* cada meia-noite e a seguinte é que se considera unidade de tempo, desprezadas as frações. Surgiu o problema de técnica legislativa: *a)* ou desprezarem-se as frações *anteriores* e as *posteriores,* o que era, de cedo modo, esbanjar momentos; *b)* ou só se levar em conta a *anterior;* ou só se levar em conta a *posterior.* Os Romanos incluíam a fração *anterior* (certo, E. Hôlder, *Die Theorie der Zeitberechqung,* 24; E

Regelsberger, *Pandekten,* 1, 458; sem razão, E von Savigny, *System,* IV, § 182, contra as fontes: L. 1, D., *de manumissionibus,* 40, 1, L. 7, D., *de* usurpationibus *et usucapionibus,* 41, 3, e L. 1, §§ 5-7 e 12, O., *quando*

appellandum, 49, 4). Na época imperial, tratando-se de aquisição de capacidade ou de direito, o inicio do dia tinha-se por suficiente *(Dies coeptus pro completo habetur),* princípio que muito se discutiu (negativamente, P.

Krllger, *Kritische Versuche,* 59; afirmativamente, F. von Savigny, *System,* IV, 364; cf. O. Karlowa, *Rómische Rechtsgeschichte,* II, 398). Tratando-se de perda, não se invocava o princípio (L. 6, O., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7; L. 1, § 9, D., *de successorio edicto,* 38, 9).

O

art. 125 teve por fim determinar e unificar a linguagem, evitando que os figurantes entendessem diferentemente o que foi dito ou escrito. Não contêm, ele e os §§ 1º, 2º e 4º, regras jurídicas para todo o direito; apenas exprimem, no direito civil, o que já era princípio geral de direito brasileiro, portanto público e privado.

Não importa se o prazo foi fixado por lei, ou não; e.g., se os figurantes do contrato acordaram, ou se alguma regra legal o estabeleceu, ou o juiz o fixou. No Código Comercial, art. 135, deu-se a mesma explicitação: "Em todas as obrigações mercantis com prazo cedo não se conta o dia da data do contrato, mas o imediato seguinte; conta-se, porém, o dia da expiração do prazo ou vencimento." No Código de Processo Civil, art. 187, *pr.* (cf.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), repetiu-se: "Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento." E acrescentou-se: § 1º "Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia que: 1 - for determinado o fechamento do fórum; 11 - o expediente forense for encerrado antes da hora normal." § 2º "Os prazos somente começam a correr do 1º (primeiro) dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único)." Além dessas regras juridicas de prorrogação, comuns ao direito civil e ao comercial (por subsidiariedade das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 13, § 1, e depois do art. 125, § 1º, do Código Civil), há — só no direito processual! — as regras jurídicas da Lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951.

2.

Direito luso-brasileiro. As Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 18, dão noticia da dúvida que havia na Justiça quanto ao não-cômputo do dia inicial e ao cômputo do dia final, e o Rei mandou que, "se a alguma parte for assinado termo certo, a saber, de quatro, ou cinco dias, mais, ou menos & *c.,* em tal caso nom se deve contar aquele dia, em que o dito termo assi foi assinado, porque, segundo terminação dos Sabedores, deve-se entender o dito termo dos dias seguintes mais chegados a aquele, em que o termo é assinado. E se fosse o termo assinado em outra guisa, a saber, se o Juiz dissesse *dou-te termo daqui até quatro dias,* ou cinquo, mais, ou menos , em tal caso deve-se o

termo contar de momento a momento, a saber, daquele ponto, em que o termo foi assinado, a outro ponto do dia, em que se acabar o dito termo". Quanto ao termo final, o Título 19 assentou, pelas dúvidas que havia *(verbis* "recresce dúvida ao julgador"): "dizemos que o dito dia se deve entender inclusive, e ser compreendido no dito termo: salvo se a razão o não partecer, assi como se disséssemos que fosse assinado termo a alguma parte para aparecer, ou fazer alguma cousa em Juizo até certo dia, e aquele termo se acabasse em domingo, ou em outro dia feriado, ca em tal caso o dia, em que se acabasse o dito termo, se deve entender exclusive, e nao inclusive". Idem, se se fez referência à idade (quatorze anos). Cf. Ordenações Manuelinas, Livro 111, Titulo 12.

A base do cômputo do tempo é o calendário gregoriano. Para a determinação da hora, nas relações jurídicas interestatais, interlocais e locais, tem pedinência o meridiano de Greenwich (cf. Decreto nº 2.784, de 18 de junho de 1913, art. 1º). O território da República é dividido em quatro fusos distintos, segundo o Decreto nº

2.784, art. 2º, estatuiu: *"a)* o primeiro fuso, caracterizado pela hora de Greenwich menos duas horas, compreende o arquipélago Fernando de Noronha e a ilha da Trindade; *b)* o segundo fuso caracterizado pela hora de Greenwich menos três horas, compreende os Estados interiores menos Mato Grosso e Amazonas, bem como parte do Estado do Pará, delimitada por uma linha que, partindo do monte Grevaux na fronteira com a Guiana Francesa, vai seguindo pelo álveo do rio Pecuari até o Javari, pelo álveo deste até o Amazonas e ao sul pelo leito do Xingu até entrar no Estado de Mato Grosso; c) o terceiro fuso, caracterizado pela hora de Greenwich menos quatro horas, compreende o Estado do Pará a oeste da linha procedente, o Estado de Mato Grosso e a parte do Amazonas que fica a leste de uma linha (circulo máximo) que, partindo de Tabatinga, vá a Podo Acre. *d)* o quarto fuso, caracterizado pela hora de Greenwich menos cinco horas, compreende o território do Acre e os cedidos recentemente pela Bolivia, assim como a área a oeste da linha precedentemente descrita."

557

A hora legal nas capitais dos Estados Federados acerta-se com as correções de hora local indicadas no quadro anexo ao Decreto nº 10.546, de 5 de novembro de 1913 (Decreto nº 2.784, art. 2º, parágrafo único).

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 13, *pr.,* e § 1, disse-se: "Em todo termo, que por qualquer maneira for assinado, não se entenderá nele o dia, em que tal termo for assinado. E sendo assinado termo de mês, ou de ano, o mês se entenderá de trinta dias, e o ano se entenderá do dia seguinte depois do dia, em que for assinado, até outros tantos dias daquele mês do ano seguinte. 1. E assinado o Julgador termo a alguma parte, que até certos dias, ou meses apareça em Juízo, ou faça algum outro ato judicial, o dia derradeiro, em que acabar o termo, será compreendido nele, salvo se for dia feriado, em que tal ato se não possa fazer, porque então não será o derradeiro dia contado do termo, mas aquele, a que o termo foi assinado, será obrigado a fazer o que lhe foi mandado, no primeiro dia logo seguinte não feriado, em que o dito ato se possa *fazer."*

3.

Natureza das regras jurídicas do art. 125 e §1º *, 2º e 4º, e* da Lei nº *810, de 6 de setembro de 1949, art.*

2º. A formulação do art. 125 é em tom dispositivo ("salvo disposição em contrário"); mas a regra é interpretativa ("salvo disposição em contrário" = salvo outra regra legal): se há dúvida quanto ao que foi expresso, entende-se que se não computa o dia inicial e se computa o dia final. Se o negócio jurídico foi assinado a 1, é do instante imediato à meia-noite que se conta o primeiro dia; *e.g.:* se o prazo é de três dias, 2, 3, 4 (todo o dia); se A obteve a locação a 1º de janeiro às 9 da manhã, a começar seu prazo de um mês, para a entrega das chaves o dia 2 é o primeiro a contarse; se tem de ser denunciado o contrato um mês antes de 30 de novembro é a 31 de outubro que se tem de denunciar No prazo computa-se o último dia, completo; porque o princípio geral *Dies coeptus pro completo habetur* não foi aceito pelo Código Civil, nem está no sistema jurídico, no tocante a prazos em atos jurídicos. De modo que, se se prorroga um prazo, é do dia seguinte que se começa de contar, incluindo esse dia seguinte no cômputo, mas, se se faz outro contrato, a começar dentro de um mês, o *dies a quo* não se inclui.

Não se pré-exclui a incidência da regra jurídica do art. 125 *(Dies in qua terminus signatur,* non computatur in *termino): a)* se se disse *desde,* ou a partir *de,* ou se empregaram expressões semelhantes (Antônio Mendes Arouca, *Allegationes Iv ris,* 80: "Neque obsta legem instam assignasse terminum per verba ibi: do *dia da quebra,* quae idem

important, quod latine a die, vel ab die, quae dictiones excludere videntur diem termini"); *b)* se foi estabelecido que seria *dentro de* (Manuel Gonçalves da Silva, *Com men tarja,* 1, 2), mas, tanto em ***a)***

quanto em *b),* pode ter sido para se incluir o *dies* inicial se com isso se evita absurdo, ou se o prazo está ligado à circunstância útil a quem tem de prestar, *e.g.,* "devendo partir a 12, pela manhã, dentro de dez dias A tem de prestar", se o prazo é dado a 2 (Manuel Gonçalves da Silva, Commen *tarja,* 1, 3). O art. 125 contém regra jurídica interpretativa.

Pré-exclui-se a incidência da regra jurídica do art. 125: *a)* quanto à idade, *e.g.,* o que nasceu a 20 de abril de 1947 tem nove anos a 20 de abril de 1956, isto é, batidas as 24 horas (12 da noite) do dia 19; *b)* se se diz, por exemplo, que A tem o prazo de dez dias para retirar a mercadoria, podendo começar a fazê-lo desde meia-noite, batida, do dia 31 (primeiro minuto do dia 1), porque se conta o dia inicial; c) em se tratando de prorrogação (como o último dia do prazo se computou por inteiro, a prorrogação é desde o dia seguinte, inclusive).

Para a posse da coisa e a vida humana, o dia em que há o aniversário é o dia que completa o ano. Donde dizer-se ano *e dia* (art. 523; Código de Processo Civil, art. 924), *maiores* de dezesseis anos (art. 6º, 1), aos vinte e um anos *completos* (art. 9º; cf. E. Hólder, *Zur Lehre von der Ciuilcomputation,* 34 s.).

Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das Coisas,* 1, 191 s.) escreveu que *a)* se exclui do prazo de usucapião o dies *a quo,* e citou as Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 3, § 1, onde absolutamente não se diz isso, e *b)* adiante aventurou que o último dia, mal começa, é logo havido como se já estivesse totalmente passado, e citou a L. 15, D., *de diversis temporalibus praescriptionibus,* 44, 3, onde o texto de Venuleio (L. 15, *pr.)* repeliu a proposição *a)* e proclamou, em toda a sua extensão, o *Dies coeptus pro completo habetur.* As Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 3, § 1, trataram da ação do titular de crédito real para haver a coisa, ou pagamento, contra o terceiro, ação prescritível em "dez anos cumpridos" ou "vinte anos acabados", "os quais dez anos e vinte anos se contarão do primeiro dia, que a coisa foi a poder do possuidor com título e boa-fé" e, "vindo a coisa obrigada a poder do possuidor sem titulo algum, poder-lhe-á a demanda ser feita pelo credor até trinta anos cumpridos, contados pelo modo sobredito". Onde o desconto do *dies a quo?* Exatamente o contrário é o que se edita: os dez, ou os

vinte, ou os trinta anos, são contados “do primeiro dia”. Lafaiete Rodrigues Pereira leu a C. Accarias e meteu no límpido pensamento reinícola o que lera no jurista francês. Quando foi dar o

exemplo deu-o assim: “o prazo de dez anos começado em qualquer hora do dia 1º de janeiro de 1873 está consumado no dia 1º de janeiro de 1883, desde que houvesse dado a meia-noite que separa o dia 31 de dezembro do dia 1º de janeiro.

A regra jurídica interpretativa do art. 125 não incide, por analogia, tratando-se de prazo por horas, ou por semanas, ou por anos, se bem que somente haja a exceção explícita do § 4º ao princípio do art. 125. Quanto aos anos e às semanas, para a exclusão do dia inicial e inclusão do dia final não cabe analogia; a analogia seria absurda, — excluir-se-ia a primeira semana, ou o primeiro ano, ou parte daquela, ou desse. Se foi dito que o prazo seria de vinte e quatro horas, ou de quarenta e oito horas, é de prazo de horas que se trata, e não de dias.

Se o prazo há de começar de certa hora do dia *(e.g.,* locação do teatro por um mês a contar de oito horas da manhã do dia 1), a contagem é segundo a Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949, art. 2º, desde as oito horas do primeiro dia até as oito horas do “dia correspondente do mês seguinte”, não necessariamente o trigésimo primeiro dia. Todavia, se o começo há de ser determinado por fato, que ocorra, o art. 125 incide, ainda que ocorra no começo do dia (G. Planck, *Kommentar,* 1, 497; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 340). O art. 125 também não incide tratando-se de passagens de trem, navios ou outros transportes, porque o primeiro dia cm que podia ser usado se conta (E. Hólder, *Allgemeiner Teu,* 392; P. Oertmann, *Allgemeiner TeU,* 679).

Se foi estabelecido prazo por semanas, termina ele ao expirar o último dia da última semana. Idem, se foi por anos, ou semestres, ou trimestres. Anos não são doze vezes trinta dias, mas os 365, ou 366, se bissexto o ano.

Semanas são de segunda-feira a domingo. “De hoje a oito dias” entende-se, na *dúvida,* sem ser em virtude do art. 125, uma semana, sem ser contado o dia de hoje (1-1. Rehbein, *Das Biirgerliche Gesetzbuch,* 1, 292; P.

Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 514); e dentro de uma semana diz o mesmo. Todavia, o uso do lugar é elemento interpretativo.

dia de que se há de partir não se conta, nos anos, não porque isso resulte do art. 125, mas sim porque, se assim não fosse, tendo-se como regra jurídica que no dia do aniversário, inclusive, se completa o ano, se teriam ano e dia, e não ano, para cada ano. As Ordenações Afonsinas (Livro III, Títulos 18 e 19) não cogitaram dos cômputos por anos. Nas Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 12, *pr.)* explicitou-se: "... todo ano se entenderá do dia seguinte, depois do dia em que for assinado, até outros tantos dias daquele mês do ano seguinte".

Nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 13, *pr.)* repetiram-no. Até, isto é, não incluído.

Escritores e julgados, devido a má leitura das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 13, *pr.,* falaram das regras *Dies a quo* non *computatur in termino* e *Dies ad quem* (ou *termini) computatur* in *termino,* a propósito de anos *(e.g.,* 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de setembro de 1944, *RF* 101/327, *RT* 153/540; ambíguo, o acórdão de São Paulo, a 31 de julho de 1934, RT 97/206). Não se inclui o dia *até* o qual vai o prazo.

O prazo do ano começa do dia de que há de ser considerada a atividade ou a inatividade, ou a existência do fato, razão por que se conta do dia seguinte "até outros tantos dias daquele mês do ano seguinte".

O

termo final — dia de aniversário — já nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 19) se dizia, "por tofher tal dúvida", que "se deve entender inclusive, e ser compreendido no dito termo". Nas Ordenações Manuelinas (Livro 111, Título 22, § 1), insistiu-se: "o dia derradeiro em que se acabar o termo será compreendido em ele." As Ordenações Filipinas (Livro III, Titulo 13, § 1) repetiram-no.

Ainda que se trate de prazo por dias, ou meses, o dia intercalar — isto é, o dia que seria inicio de segundo prazo, ou terceiro, ou outro, sucessivo — conta-se (E. Hólder, *Aligemeiner TeU,* 394), de jeito que o art. 125

não incide.

A regra jurídica do art. 125, § 2º, não se estende, por analogia, aos anos; nem semestre equivale a seis porções de trinta dias; nem trimestre a três *(aliter,* no direito civil alemão, § 189). Quanto à determinação por anos, devemos entender, na dúvida, que são os anos que ficam dentro da determinação, ainda que um seja bissexto (no direito alemão, § 191), — refere-se, pois, aos anos *concretos,* e não à porção de trezentos e sessenta e cinco dias *(a fortiori,* de doze vezes trinta). Todavia, se há alusão, por exemplo, a x anos, com duas prestações por mês ao fim de cada quinzena, o ano é igual a trezentos e sessenta dias.

curso da prescrição é sempre por anos concretos; bem assim a suspensão com base na idade (arts. 168, II e III, e 169,1).

557

4.

Dia Final. A regra jurídica do art. 125, segundo a qual se computam os prazos, incluindo-se o dia final, é interpretativa. A referência à "disposição em contrário" perturba os intérpretes, mas apenas se há de entender alusão a regras jurídicas especiais ***(lex** specia lis)* que possam ter estatuido diferentemente, ou em contrário.

As regras jurídicas do art. 125, §§ 1º, 2º e 4º, também são interpretativas. Pretendeu E. Ehrlich *(Das zwingende* und *nicht zwingende Redil,* 84) que fosse cogente o § 1º, porém sem qualquer razão.

5.

Domingos e feriados. No art. 125, após se falar do dia do vencimento, estatuiu-se no § 1º: "Se este cair em dia feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil." A primeira observação a fazer-se é a de que o art. 125, § 1ª, se refere aos prazos de direito material, e as regras de direito processual não incidem *(e.g.,* a Lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951).

Os feriados contrários à Constituição e à lei não têm o trato dos feriados acordes com a Constituição e as leis. O

art. 125, § 12, só se refere àqueles feriados que foram decretados de acordo com a Constituição e a lei. Sobre os prazos processuais, cf. Código de Processo Civil, arts. 177-199, e Lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951.

A regra jurídica do art. 125, § 1º, somente cogita do fim do prazo, e não de qualquer dia intercalar, e somente concerne aos prazos de dias (art. 125 e § 12) e de mês ou meses (arg. ao art. 2º, da Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949). Não se pode invocar a respeito de meado, nem de semana, nem de ano. O ano, se o fato a que se liga o início do prazo foi a 1º de janeiro, completa-se à meia-noite do dia 12 de janeiro do ano seguinte, seja feriado ou não (Lei nº 810, art. 1º).

Se há dois ou mais feriados no fim do prazo, não se tem por findo o prazo sem acabar o primeiro dia útil seguinte. Não se excluem da contagem os dias feriados anteriores intercalares; nem o dia feriado em que se começa de contar o prazo, nem o primeiro, após a exclusão daquele. A *ratio legis* está em se permitir ao interessado dispor do dia útil, isto é, de haver, pelo menos, um dia útil, que seja o em que expire o prazo (cf.

Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 17 de abril de 1941, *RT* III, 375).

O art. 125, § 12, incide quanto: a prazos de denúncia fixados negocialmente (H. Rehbein, *Das Biargerliche Oesetzbuch,* 1, 292); àqueles que alguém tem de marcar a outrem, em virtude de lei; aos prazos de avisos; aos prazos para revogação (E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 270, nota 24; H. Rehbein, *Das Biirgerliche Oesetzbuch,* 1, 292; E. Eck, *Vortrâge,* 1, 202), salvo se se trata de prescrição de ação *(e.g.,* art. 1.184). O *art.* 125, § 12, nada tem com os prazos de prestações negativas (omissões), porque, aí, seria sem sentido alongar-se o prazo (G.

Planck, *Kommentar,* 1, 500; C. Crome, *System,* 1, 529, nota 15). O § 12 favorece aquele que tem de prestar; não aquele a quem se há de prestar (G. Planck, 500; R Oertmann, *Aflgemeiner TeU,* 579; E. Goldmann -

H.

Lilienthal, *Das BOrgerliche Oesetzbuch,* 1, 236). Regra jurídica interpretativa, o art. 125, § 32, pode ser afastado, expressa ou tacitamente, pelos manifestantes da vontade.

O domingo ou feriado, que cai no último dia, é incluído sem cômputo; o dia seguinte ocupa o seu lugar, na contagem, como também se passa se, no mês ou ano do vencimento, não há o dia correspondente ao dia

do inicio do prazo (Lei nº 810, art. 3º). O prazo vem desde o *dies a quo* até o dia substituinte. Daí ter dito o

Código Civil, sem exatidão conceptual, que se "prorroga o prazo: se o ato poderia ser praticado no domingo, não está privado disso o que há de praticá-lo dentro do prazo *(e* .g., denúncia extrajudicial, interpelação extrajudicial, aviso, cf. L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 566).

Se o prazo foi fixado por horas, o § **12** do art. 125 incide, salvo se resulta do que se declarou, sem dúvida, que a prestação seria no próprio dia feriado, *e.g.,* quantia que há de ser entregue antes de viagem do credor, no domingo (G. Planck, *Kommentar,* 1, 502; sem razão, E. Ehrlich, *Das zwingende iind* nicht *zwingende Rech t,* 84). Os domingos e feriados suspendem sempre o prazo processual de horas. Os prazos de prescrição não estão sujeitos ao § *32* do ari. 125 (J. Biermann, *Búrgerliches Redil,* 351; P. Oedmann, *Allgemeiner Teu,* 579; G.

Planck, *Kommentar,* 1, 500; assaz claro, O. Rutz, *Die gesetzliche Befristung,* 38, e Die Wesensverschiedenheit von Vexjâhrung und gesetzlicher Befristung, *Archio for die civulistísche Praxis,* 101, 447; trataremos do assunto ao versarmos a matéria da prescrição).

Os prazos de usucapião também não estão jurídica interpretativa do art. 125, § 32, porque 619, parágrafo único, só se referem aos arts. prazos são por anos, e não por tratos temporais sujeitos à regra os arts. 553 e 168-176, e os de doze meses.

557

6. Prazos fixados por mês e para meado de mês. O prazo que se fixa em quantidade de mês contava-se por unidades de trinta dias, observada a regra jurídica do art. 125. A dívida assumida a prazo de dois meses vencia-se no sexagésimo dia, contados os sessenta dias a partir, inclusive, do dia seguinte à datação (= a partir, exclusive, do dia da datação). Não se vencia a 2 de maio, e sim antes, o crédito com prazo de doze meses que exsurgiu de negócio jurídico concluído a 12 de maio. O que pode ser estipulado é que se vença "em igual data" do ano próximo, ou após um ano. Se se disse que o crédito se vence no meado do mês próximo é a 15 que se vence; o que se vence no prazo de mês e meio, vencia, sob o art. 125, §§ 2º e 3º, no quadragésimo quinto dia pós a data do crédito, ou outro fato de que se tivesse de contar.

O § 2º do art. 125 contém definição de meado de mês: “Meado considera-se, em qualquer mês, o décimo quinto dia.” Portanto, meado do mês de janeiro, ou do mês de fevereiro, como do mês de abril, é à meia-noite do dia 15.

No art. 125, § 3º, definiu-se mês: “Considera-se mês o período sucessivo de trinta dias completos, com derrogação pela Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949, art. 22: “Considera-se mês o período de tempo contado do dia do Início ao dia correspondente do mês seguinte.” E art. 3°: “Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro subsequente.” Assim, se o negócio jurídico foi concluído a 31 de janeiro, com o prazo de um mês, vence-se no dia 12 de março, à meia-noite, O §

3º fazia não serem equivalentes expressões como “com o prazo de um ano“ e “com o prazo de doze meses”.

Não havia nenhuma regra jurídica, escrita, sobre ano, definindo-à, na lei; nem de semana. Só havia duas definições, a de mês e a de meado de mês, mas hoje temos a Lei nº 810, art. 12, segundo a qual se considera

“ano o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.” E

complementa o art. 3º: “Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente.”

Por princípio de mês entende-se o dia 1º por fim do mês, o último dia do mês *(e.g.,* “no fim de abril”). Tais regras jurídicas, que resultam do uso do povo, têm por fito, como a regra juridica da Lei nº 810, arts. 2º e 3º,

tornar *dies certus* “começo” e “fim” do mês. Se a expressão “ano” foi empregada no sentido de doze meses é questão de interpretação e a regra jurídica interpretativa seria a de que, em caso de dúvida, se entende o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte, e não a soma de doze parcelas de trinta dias. Temos hoje, a regra jurídica especial, semelhante à que se editou sobre mês *(aliter,* antes da Lei nº 810, arts. 12 e 22; semelhantemente, o direito civil alemão, § 191). No direito alemão, meio ano é o tempo de cento e oitenta dias; um quarto do ano (quartel

de ano), noventa dias. No direito brasileiro, meio do ano de 2000 é 30 de junho de 2000, à meia-noite; primeiro quartel do ano de 2000, 31 de março de 2000, à meia-noite.

7.

Prazos fixados por hora. No art. 125, § 4º, estatui-se: "Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto." O Código Civil brasileiro adotou o que, ainda para o sistema jurídico alemão a que falta a regra jurídica expressa, se tem tido por acertado (H. Rehbein, Das *Borgerliche Oesetzbuch,* 1, 291; J.Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 349; 1-1. Dernburg, *Das BOrgerliche Recht,* 1, 360, nota 3; H. Leonhard, *Aflgemeiner TeU,* 183; E. Josef, Die Tagesstunde im Rechtsverkehr, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 96, 200).

primeiro cuidado que se há de ter, quando se examina prazo, é o de se verificar se, na espécie, ou in casui, se trata da unidade ano, ou da unidade mês, ou da unidade dia, ou da unidade hora, que é a mínima de que cogita a lei como unidade dos prazos, sem que disso se possa tirar que se proibam prazos de minutos. A diferença entre mês e hora é assaz relevante, porque o § 4º é exceção ao princípio do art. 125, — os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto. A regra jurídica do § 4º abstraiu da unidade cronométrica segundo, de modo que finitizou o *momentum:* não há unidade menor do que o minuto para se contarem horas,

~alvo se de tais expressões usou o que fixou o prazo, *e.g.,* „duas horas, quinze minutos e trinta segundos". A exceção aberta, pelo § 4º , ao art. 125 traduziu, portanto, em termos de trato finito de tempo mínimo, o que seria infinitamente pequeno, ponto de tempo, ou, pelo menos, suscetível de outras divisões, na regra de se contarem *de momento ad* momentum os

prazos horários. Devido à regra jurídica do § 4º, não são o mesmo o prazo de dois dias e o de quarenta e oito horas. O § 4º incide quanto a prazos legais e quanto a prazos negociais, ou de atos jurídicos *stricto sensu.* Se foi dito que o devedor tem o prazo de três dias, contados das duas horas da tarde, o prazo é de horas, e não de dias.

A hora pode ter importância quanto aos registros e quanto ao fato registrado; *e.g.,* a hora do nascimento, que se declara no registro, pode ser decisiva para a sucessão (saber-se se já vivia a pessoa quando seu pai, que se tem por herdeiro, morreu, isto é, se o recém-nascido herdara do pai ou o pai herdara dele), entre duas hipotecas

lavradas em dias diversos tem prioridade a que foi lavrada antes, se apresentada a registro no mesmo dia *(aliter,* se apresentadas em dias diversos). A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cogita de horas quanto ao nascimento (art. 54, 12)), ao encontro do exposto (art. 61, parágrafo único), ao óbito (art. 80, **12)) e a** direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel (arts. 190-192). Os prazos em

matéria de registro são de dias *(e.g.,* arts. 50, 51, 52, 22)), ou de horas (v.g., art. 78).

§ 556. Prazo nos negócios jurídicos entre vivos e nas disposições testamentárias

1.

Conteúdo do art. 126, 1ª parte. Diz o art. 126: "Nos testamentos o prazo se presume em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contraentes." A primeira regra jurídica é interpretativa (cf. L. 17, D, *de diversis regu lis iuris antiqui,* 50, 17). "Presume-se", comentava Agostinho de Bem Ferreira (Comentdrio *ao Tit. Digestis de regulis iuris,* 17, à L. 17, nº 2), "que o testador quis o menos gravame do herdeiro, e o seu favor, e assim se deve interpretar". Por isso, pode constranger a que o beneficiado receba; depositando o legado e perecendo a coisa legada, sofre-o o legatário; se cai em falência o depositário, não: porque ai pode ter havido culpa do depositante *(obter,* se depositado em juízo). Na L. 17, atribui-se a Ulpiano: "Cum tempus in testamento adicitur, credendum est pro herede adiectum, nisi alia meus fuerit testatoris: sicuti in stipulataionis promissoris gratia tempus adicitur." Mas o "nisi alia meus fuerit testatoris" é grosseira interpolação justinianéia.

2.

Conteúdo *do art. 126, 2ª parte.* A segunda regra jurídica do art. 126, é dispositiva, e eis por que não teve razão Clóvis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* 1, 411) em criticar o "quanto a esses" que o Senado introduziu. Uma vez que se fixou prazo, o credor somente pode exigir se o prazo expirou; o devedor pode adimplir dentro do prazo. Para que o credor possa exigir antes, ou para que o devedor não possa adimplir antes de se chegar ao último momento do prazo, é preciso que isso se diga no teor do instrumento, ou que resulte das circunstâncias. O teor do instrumento ou as circunstâncias também podem estabelecer que o credor pode exigir antes e o devedor adimplir antes; bem como que o credor não pode exigir antes nem o devedor prestar antes de se chegar

ao último momento do prazo.

3.

Conteúdo do art. 127. Segundo o art. 127, "os atos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo". Volveuse ao princípio romano:

"In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur" (Pompônio, L. 14, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17). No direito civil anterior, havia dez dias de espaço (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 50, § 1: "... O qual não se deve entender logo, porque seria vão e frustratório o beneficio, se logo se houvesse de pedir o que se empresta; pelo que se darão ao devedor dez dias de prazo, como se dão ao que se obriga a pagar alguma coisa sem declaração de tempo, ou dilação, ou mais espaço, se ao julgador parecer assim, segundo a qualidade das pessoas, tempo e lugar"). No direito comercial, continua a regra jurídica do art. 137 do Código Comercial: "Toda a obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exequível 10 (dez) dias depois da sua data." Assim, o empréstimo regido pelo direito comercial é exigível dez dias depois; o empréstimo regido pelo direito civil, no último momento do dia: até esse momento pode pagá-lo, sem mora; o devedor O "desde logo" do art. 127 não se há de entender literalmente: há de ser no trato de tempo necessário para se prestar. Se o objeto da prestação é cofre, que se acha no escritório do devedor, e a exigência foi sábado, há-se de entender que o devedor tem de prestar segunda-feira. Se o objeto da prestação tem de ser fabricado, o trato de tempo é o necessário para a fabricação, presumindo-se que o devedor pode começar o trabalho imediatamente.

Se o crédito é subordinado à ratificação, aprovação, ou qualquer outra espécie de assentimento alheio, ou verificação de constitucionalidade, legalidade ou permissão estatutária, só a partir desse momento pode ser exigido, a despoito de qualquer eficácia *ex tunc do ato.*

Se há prazo, ainda ocorrendo dúvida quanto a qual seja ele, o art. 127 não incide; bem assim, se incerto quando há de terminar (4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de março de 1938, *RT* 114/173). Se o adimplemento tem de ser em lugar diverso, pré-exclui-

se a incidência da regra juridica do art. 127, 1ª parte; porque o espaço afasta tratar-se de instantaneidade do nascimento da pretensão e da obrigação *(e.g.,* "para que

pague a E, em São Paulo"). Idem, se o próprio adimplemento exige início, continuação e acabamento, porque, então, é o trabalho, o adimplemento mesmo, que impede a incidência do art. 127, V parte *(e.g.,* consertos, construções, pinturas). Outrossim, quando o credor ou o devedor tem o que realizar, ou tem de esperar que se realize algo sem o que não se poderia iniciar o cumprimento da obrigação *(e .g.,* estarem desimpedidos os compartimentos a serem pavimentados, de jeito a se permitir o começo de serviço, cf. 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de julho de 1945, *RT* 158/752; 2º Gmpo de Câmaras Civis, 15 de maio de 1946, 162/617). Não havendo fixação de prazo, nem incidindo o art. 127, cabe entender-se que o prazo é o razoável, que o juiz pode fixar (4º Câmara, 6 de junho de 1946, 165/273).

Capítulo VII

Determinações Anexas

§ 557. Conceito e tratamento

1.

Conceito. Determinação anexa é a determinação que se apãe ao lado de outra manifestação de vontade.

Se A diz: "pagarei x a B, no dia 23 de abril", A deve x, que a 23 se obriga a pagar, e a determinação do termo é insita na manifestação de vontade "pagarei ***x*** a B, no dia 23 de abril". Determinação, portanto, mexa. Se A diz:

"dôo a B a casa, devendo E continuar zelando pelo jardim", criei

obrigação a B, anexando-a à manifestação de vontade de doar. O *modus* ou encargo é a mais típica das determinações anexas.

2.

Regras jurídicas *sobre determinações anexas.* Os sistemas jurídicos não inserem regras jurídicas especiais. Mas resulta da anexidade: *a)* que a sorte da determinação anexa depende da sorte da manifestação de vontade a que se anexa, e não vice-versa; *b)* que a nulidade, anulação ou ineficácia da determinação anexa não se contagia ao ato jurídico, nem, sequer, à manifestação de vontade a que se anexa. A seu tempo trataremos do *modus* principal e da possível eficácia resolutiva.

§ 558. Modus ou encargo

1.

Conceito. No Digesto, a palavra *modus* ora significa medida, limite, quantidade, maneira, ora cláusula aposta, *tem peramentum.* A figura precisa é estranho o direito clássico (A. Pernice, *Labeo,* III, 12). Então, onde se restringisse, limitasse, cerceasse, modtis havia. Todo ato jurídico não puro, ou não simples, era cum *modo.*

Se bem que, no direito justinianeu, de outras expressões se use *(e.g., Jex,* condicio, lussus, co ou hac *lege* ou *condicione,* condicione ut, (itau *ut),* já se precisara a categoria jurídica. E posto que Constantino, no ano 316, não diga donatio sub *modo (Fragmento Voticana,* § 249, 3; cp. F. Haymann, *Die Schenkung unter einer Auflage,* 24), já no século III se havia operado a precisão técnica. Talvez desde as leis Fúria, Cíncia e Vocônia

«3. Hugo, *Lehrbucli,* 539). A despeito disso, pululam nos códigos confusões terminolôgicas lamentáveis *(e.g.,* Código Civil francês, arts. 900 e 953). O assunto mais de espaço se versará a propósito da sucessão testam entária.

Categoria jurídica autônoma, o *modus* ou encargo é manifestação de vontade anexa (evite-se, porque há modus principal, falar-se de manifestação acessória de vontade), consiste em vínculo a cargo do onerado, podendo ter, em certas espécies, excepcionalmente, eficácia

resolutiva. Incidem, a respeito dele, as regras jurídicas gerais sobre capacidade, forma e validade. O *modus* de objeto impossível ou ilícito é nulo (art. 145,11); todavia, executado pelo equivalente, há de entender-se que a vontade foi alternativa e assim a interpretou o obrigado.

2. Figuras jurídiças com que se há *confundido* o modus. O modus ou encargo não é a razão jurídica, imediata, do ato jurídico; dai, ainda quando se apresente como tal, não poder identificar-se com a *causa,* ou o *fim* da disposição: a causa está no dispor, e não ria determinação anexa. Tampouco havemos de admitir, nos atos

jurídicos modais, duplo negócio jurídico (e.g., o negócio jurídico da doação e o encargo), erro em que incorreram F. von Savigny *(Systern,* 111, 3º ed., § 154) e A. Ascoli (Trattato delle *Donazioni,* 298 s.); ou dupla causa «1. EX de lides, *De Donotionibus,* c. 14, 17; A. Faber, *De* Erroribus *progmaticorufll,* d. 45, error 9; V.

Scialoja, Lezioni ***sul*** Negou *giuridici,* 2º ed., 378: causa secundária; C. Ferrini, *Manuale,* 3º ed., 158 **S.:** tendência comutativa; A. Pernice, *Labeo,* 111, 197); ou equivalente moral (C. Bufnoir, *Propriété et contrat,* 546); ou condição potestativa (Merlin, *Rêpertoire,* o. Mode); ou distante da resolutiva, non *re, sed verbis* (J. EX

Cordes, *De Modo* conuentionibus adjecto, 16); ou, evidentemente, condição resolutiva (A. von Scheurl, Zur *Lehre* uon *den* Nebenbestimmtlflgefl, 21; cp. Código Civil austríaco, § 709). O encargo não é condição suspensiva potestativa. porque tal condição suspende, o que o *modus* não faz. Obriga-se alguém a cumprir o encargo, não se obriga a cumprir condição. Nem é condição resolutiva: essa está no negócio jurídico, e a resolução opera-se de direito; no encargo, de regra não há resolução, — o adimplemento é que pode ser exigido: "Modus in obligatione", escreveu C. F. G. Meister *(De eo quod* inter *condicionem resolutivam et modum* interest, 21), "condicio resolutiva in sola praestatiOne vel eventil posita est" (lamentável, pois, o § 709

do Código Civil austríaco, que a reforma deixou intacto). Nem a revogabilidade da doação *sub modo,* por inadimplemento (art. 1.181, parágrafo único), seria resolução; além disso, também a doação pura

se revoga, por ingratidão (art. 1.181). Diante do Código Civil austríaco, § 709, foram grandes as dificuldades dos doutrinadores (termo *ad quem* condicionado, 1 Krainz, *System,* 1, 351; condição resilitiva, isto é, resolutiva ***ex***

nunc, J. Unger, *Svsteni,* 1, 227). No encargo, em verdade, a manifestação de vontade da disposição só é atacável se há algo a mais do que *modus;* à diferença da condição resolutiva, que é, em si mesma e por si mesma, causa de resolução.

encargo também não se identifica com o contrato a favor de terceiro, porque, nos negócios jurídicos a causa de morte, se pressupõe a existência do sujeito ou a nacíturidade. Nem se há de confundir com os nuda proecepto, simples recomendações ou conselhos, de sanção somente moral, se bem que J. E Cordes *(De* Modo conuentionibiis *adjecto,* 22) tivesse pensado existir categoria jurídica entre os dois, que seria o conselho com sanção jurídica (confusão, em parte, com as instruções, cp. art. 1.313). Se bem que o encargo possa ser de criar fundação, ou para fundação, não é de confundir-se com a fundação: se o testador foi o fundador, ou se é o criador, se a causa de morte, ou se o onerado é o fundador, não importa, — não deixa o modus de ser o que em todos os casos é. Sobre o *modus* assubjetívo e o subjetivo, falaremos, de espaço, a respeito dos testamentos.

3.

Modus *e contraprestação.* Encargo é liberalidade; liberalidade é a herança, ou o legado. O herdeiro ou legatário é mero intermediário (EX Endemann, *Lehrbuch,* lii, 8º-9º ed., 729), posto que, no intervalo, possa ser, e de ordinário seja, proprietário, como o é o fiduciário nas disposições fideicomissárias. Veremos, ao tratarmos do *modus* nos testamentos, qual a diferença entre a concepção romana e a concepção germânica.

4. *Conteúdo do art. 128.* Diz o art. 128: "O encargo não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato, pelo disponente, como condição suspensiva." Teixeira de Freitas (Esboço, art. 655), a quem se deve esse art. 128, teve o grande mérito de pôr algumas regras, sobre *modus,* na Parte Geral. Ao lado do encargo pode ser posta condição suspensiva, que há de ser expressa. Têm-se, então, a determinação anexa e a determinação mexa. O encargo nada influi na eficácia jurídica do ato de disposição, a que se anexa. Daí não suspender a aquisição do direito, nem, sequer, o seu exercício. Se há encargo desacompanhado de condição suspensiva, ou se há condição suspensiva, ou se há encargo e condição suspensiva, équestão que o juiz há de resolver segundo as regras de interpretação dos atos jurídicos, especialmente o art. 85. Em caso de dúvida, decide-se que houve imposição de encargo, e não condição.

Tal regra jurídica interpretativa foi inserta no *Esboço,* art. 656, 2º parte, e passou ao Código Civil argentino, art.

558, 2º parte: "En caso de duda se juzgará que no importan una condición." Se a condição é resolutiva, a falta de cumprimento do encargo tem a consequência de fazer perder o direito o beneficiado, que o adquirira. No Esboço, art. 658, exigiu-se a sentença, que julgasse a perda; de modo que não operaria *ipso jure* a resolução. A regra jurídica passou ao Código Civil argentino, art. 559, onde se diz "Si hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuestos, será necesaria la sentencia del juez para que el beneficiado pierda ei derecho adquirido." Não é esse o sistema do Código civil brasileiro, devido ao art. 119. Qualquer decisão a respeito seria declarativa, sem qualquer caráter de constitutividade *(aliter,* a resolução por inadimplemento, art.

1.092, parágrafo único, ou por impossibilidade culposa). O efeito de perda é da condição resolutiva, determinação mexa, e não do encargo. Se o obrigado não cumpre o encargo, pode ser compelido pelos interessados ao cumprimento (Esboço, art. 659, regra que passou ao Código Civil argentino art. 560: "Si no hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos, no se incurrirá en la pérdida de los bienes adquiridos; y quedará à salvo à los interesados ei derecho de compeler judicialmente aí adquirente à cumplir los

cargos impuestos."). No direito luso-brasileiro sempre se deu ao onerado pelo encargo o dever de caucionar o adimplemento. Meio Freire *(Institutiones,* III, 82) invocava como fundamento da caução *de modo servando* a L.

80, D., *de condicionibus et demonstrationibus,* 35, 1, texto atribuido a Cévola, porém no qual exatamente o

"ens vero, quae habent moram cum sumptu, admittemus cautione oblata" é interpolação. No *Esboço,* art. 660, mencionou-se a caução, o que não passou ao Código Civil argentino, mas boa interpretação há de considerá-lo implícito. Se o *modus* somente pode ser cumprido pelo onerado, extingue-se com a morte desse; nas outras espécies, passa aos herdeiros dele. Se morre o onerado, sem cumprir o encargo, que somente ele poderia cumprir, o que se extingue é a obrigação do modus, sem qualquer reversão dos bens. Por influência do *Esboço,* art. 664, o Código Civil argentino, art. 562, adotou solução diferente,

como se o ser inerente à pessoa do onerado o cumprimento do encargo contivesse implícita condição resolutiva: “La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos, pasa à los herederos del que 1 uese gravado con ellos, à no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él como inherentes à su persona. Si ei gravado faíleciere sin cumplirlos, la adquisición dcl derecho queda sin ningún efecto, volviendo los bienes aí imponente de los cargos, ó à sus herederos legítimos.” *De lege lata,* não temos tal regra, nem seria, *de* Jege *Jerenda,* aconselhável. A respeito das doações, o art. 1.181, parágrafo único, prevê a revogação por inadimplemento do encargo, se o donatário incorre em mora. Por outro lado, o art. 1.707 estatuiu que, quanto aos legados com encargo, incide o art. 1.180, sem se referir a qualquer ação para resolução do direito do legatário, nem, tampouco, ao art. 1.181, parágrafo único. Se for fisicamente impossível o ato, positivo ou negativo, de que se encarrega o beneficiado, tem-se por inexistente a determinação modal, que é anexa. Não porque se tenha de invocar, analogicamente, o art. 116, 1º parte, concernente às condições, mas sim pela regra do art. 153, 13 parte, que trata das nulidades e anulabilidades parciais. Também é inexistente a determinação modal não-séria ou pilhérica. Se o objeto do encargo é ilícito ou impossível, nulo é o encargo, e não o ato jurídico a que se anexa. t verdade que o *Esboço* não foi claro, no art. 666, e o Código Civil argentino (art. 564) generalizou a regra da contaminação, o que de modo nenhum se justifica, por ser o *modus* determinação anexa, e não mexa: “Si eI hecho que constituye ei cargo fuere imposible, ilícito á inmoral, no vaídrá eI acto en que eI cargo fuese impuesto.” Tal contaminação somente se poderia admitir em caso de principalidade do *modus,* assunto de que trataremos a respeito das doações modais e das deixas testamentárias. Cumpre ainda advertir-se em que Teixeira de Freitas previu que só em parte houvesse ilicitude do encargo, ou só em parte fosse impossível, estabelecendo o cumprimento da parte salva. No Código Civil, toda solução há de basear-se ao art. 153, 1ª

parte, onde se põe o principio de se salvar o separável. Escusado é dizer-se que a nulidade do encargo, por ilicitude, pode ser tal que repercuta na doação, ou na deixa testamentária; mas, ai, rigorosamente, não éa nulidade que se contagia, a ilicitude está presente nos dois supodes fáticos, causando o défice ao ato jurídico de doação, ou de disposição de última vontade, e não só à determinação modal. Na doutrina, costuma-se invocar o art. 153, 1ª parte, a propósito do ato jurídico global (doação ou deixa testamentária e modus), sendo isolada a opinião de H. Lammfromm *(Teilung, Darlehen, Auflage* und *(Jmsatz-Vertrag,* 153 s.). Se invocássemos regras jurídicas

sobre condição, para resolvermos questões concernentes aos encargos, apagaríamos toda diferença entre determinações anexas e determinações inexas.

PARTE II

Direitos e pretensões; deveres e obrigações

Capítulo 1

Direitos, Efeito Jurídico; Direito Subjetivo

§ 559. Conceitos técnicos

1. *Pessoas e direitos.* O conceito de pessoas, entes que têm direitos, ou que têm deveres, é anterior, *lógica* e

historicamente, aos conceitos de direito subjetivo, de pretensão, de ação e de exceção.

A adaptação, a que serve o processo jurídico, é no sentido de afirmações de personalidades, de modo que *coexistam;* a noção de direito subjetivo, a de pretensão, a de ação e a de exceção, simples meios para que se consiga isso, — meios que, historicamente, se revelaram os mais adequados, porém que só recentemente foram abstraídos e colhidos pela ciência. Se, porém, temos de expor, observando o que se passa no mundo jurídico, desde a regra jurídica, que incide sobre o suporte fático, os fatos jurídicos e o que com eles e deles resulta, não se pode falar da pessoa senão como o sujeito *possível* de direitos, isto é, como o termo *possível* de relações jurídicas. Então, a ordem do trato científico é aquela que estamos a seguir.

2.

Direito subjetivo e *titularidade; precisão do conceito.* Rigorosamente, o

direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é *objetiva* e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui *subjetivo,* porque se observa do lado desse alguém, que é o titular dele. A princípio os juristas trabalhavam com os conceitos, sem os precisar, e quase lhes bastava aludirem a estados: "tem direito", "teve direito", "terá direito", "cessou o seu direito". A despeito da sua extraordinária finura, os juristas romanos não desceram ao fundo do problema.

Na linguagem comum, "direito" tem sentidos múltiplos, dando ensejo, por vezes, a equívocos. Não raro, tratando-se de dever moral, ouvimos que "A não tem *direito* de fazer isso"; ou, a respeito de alguém que deseja vender bens, que tem "direito de dispor do que é seu". As leis mesmas cometem esses erros, turbando a precisão técnica. Para o jurista, direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático. Na distribuição dos bens da vida, *que étoda feita pelas regras jurídicas,* se excluimos a arbitrariedade, —cada posição de titular de vantagem, que se confere a alguém, édireito. Antes de cada direito, esteve, pois, a ordem jurídica, a *lex,* a regra: o mesmo étimo deu *rex,* rei, *rego, regere, regula;* o outro, *leg-,* deu *lego, legere, legio* e *lex.* Regra, rei; ler, legião, lei.

§ 560. Atitude metódica

1. *Fato jurídico e efeitos.* Nada mais reprovável, em método, do que começar-se a falar dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções, antes de se falar da regra jurídica, do suporte fático, da incidência da regra jurídica, da entrada do suporte tático no mundo jurídico (fato jurídico). Tudo isso é *prius.* Os direitos, as pretensões, ações e exceções. já são eficácia dos fatos jurídicos, já são *pos terius.* O direito nasce quando ocorrem todos os pressupostos necessários à sua aparição: esses pressupostos são determinados pela regra jurídica, ao incidir no suporte fático. Passa-se o mesmo com os deveres e demais efeitos.

2.

Posições passivas na *eficácia jurídica.* Nem todas as posições passivas, tem-se dito, são deveres, no sentido estrito; e nem todas as posições ativas, direitos subjetivos. Os exemplos que se trazem á balha são de

"interesse legítimo", interesse econômico ou moral,com que se pode intentar ação, sem se ser titular de direito subjetivo. Porém o interesse legítimo, em tal caso, é ligado à proteção de direito que seria ofendido com a decisão, ou a que ela aproveitaria, embora não seja a *res* in *iudicium deducta.* As principais situações jurídicas, que se procuraram ver como sem sujeito passivo, foram as do direito de propriedade e as dos direitos de personalidade, como se o ser relação jurídica com todos importasse em ser relação jurídica sem o segundo termo. (Vê-se bem até que ponto o individualismo cegou os juristas.) No momento em que há violação, o que está em causa é a ação, e não só o direito. Na realidade, a regra jurídica é regra para relações inter-humanas, ou, mais exatamente, interpessoais, sendo o conceito de pessoa o conteúdo de uma das regras jurídicas, pois nela há regramento de relação entre as pessoas existentes e as que ela cria. A regra, considerando suficiente o suporte tático, torna-o jurídico; e a relação jurídica estabelece-se entre a nova pessoa e as outras. Onde quer que a regra jurídica crie direitos, do lado passivo, por parte de todos, ou de alguém, está o *alterum* non *laedere.* E da natureza das coisas que não se possam criar direitos que se não dirijam a alguém. Nem dever que não tenha, do outro lado, a posição subjetiva, ativa, do titular de direito. Dever consigo mesmo seria, apenas, dever moral, não dever jurídico.

557

§ 561. Direitos e interesses

1.

Individualismo e direito. A ordem econômica individualista não é a causa da existência de direitos; apenas é a causa de certa atomicidade deles. O Estado individualista apenas se *retrai,* para que as personalidades atuem com maior autonomia do que atuaram no passado. Se essa autonomia diminui, nem por isso diminui o número dos direitos subjetivos. A característica do direito está em que ele distribui bens da vida, e promete tutela jurídica; de modo que se

exclui a intervenção de terceiros, discrepante da *ratio* das regras jurídicas. O que tem o direito exerce-o dentro dos seus limites e das restrições em que haja anuído. A diferença entre a *limitação* e a *restrição* é assaz relevante. A limitação deriva da regra jurídica: é ela que configura o direito e o dever; a restrição deriva da vontade, ainda tácita ou presumida, de quem é titular do direito, ou de quem se vai obrigar: se consente, podendo consentir, não pode alegar dano *(Volenti* non *fit iniuria).* Por isso mesmo, a restrição, se não há regra jurídica especial que a vede, pode ir ao extremo: têm-se, então, a renúncia, a alienação e os outros atos dispositivos. E preciso a causa para se restringir e perder o direito: *lure quaesito* nemo *privatur sine causa,* escrevia, no seu século, na dec. 14, nº 6, e na dec. 11, nº 6, Manuel Temudo da Fonseca.

Porém não só a vontade subordina a deveres a pessoa. A regra jurídica pode fazer suporte fático, em que se imprima, outros fatos que a vontade humana. O Estado, pesando interesses trans-individuais, por vezes estatui que fatos não-humanos, ou fatos humanos não-volitivos, sejam suporte fático de regras jurídicas; e daí emanam direitos e deveres. Nem sempre esses interesses são interesses gerais, isto é, do grande número; porém depende da existência de outras regras jurídicas mais fortes, ou da inexistência delas, a sorte das regras jurídicas que impõem deveres, — sem serem gerais, ou, simplesmente, mais dignos de proteção, os interesses, ou quando isso, sem razão, foi alegado para a edição delas. Exemplo: o médico tem dever de comunicações sobre certas doenças; o dono da casa tem o dever de pagar o imposto de calçamento. Naturalmente, há, aí, direito subjetivo, *mas do Estado.* Distinguir-se do direito subjetivo dos particulares o direito àobediência, que tem o Estado, é resíduo despótico. Se certo direito público subjetivo não toca aos particulares, e sim ao Estado, e da regra jurídica, por ser sobre interesses gerais, tiram proveito particulares, essa eficácia é *reflexa.* Casos há em que a regra jurídica é concebida em termos tais que assim ao Estado como aos particulares cabem direitos subjetivos.

Outros, ainda, em que, sem terem os particulares direitos subjetivos, a relevância do interesse geral sugeriu que a esses se atribuísse ação dita popular *(actio popularis).*

Destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, à subjetivação. Certamente, o fato de se limitar a favor de alguém a atividade de outrem, em virtude de regra jurídica, éo que se chama „direito"; e daí tirou P. Eltzbacher *(Die HandlungsJâhigkeit,* 104; *Die*

Unterlassungsklage, 108) que há direito subjetivo quanto à vedação de atos obscenos, blasfêmias e outros atos violadores de regras jurídicas de proteção de interesse. Contra, H. Lehmann *(Die Unterlassungspflicht,* 63 s.) e A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teu,* 1, 55 s., especialmente nota 8). A questão precisa ser posta nos devidos termos: ou a) todos os direitos são direitos subjetivos e, então, direito subjetivo é direito no sentido subjetivo; ou *b)* há direitos que não são direitos subjetivos. O argumento que invoca o direito de propriedade, por exemplo, como direito subjetivo, de modo que qualquer ataque a ele écontra direito, ao passo que o mesmo não se dá quanto a outros direitos patrimoniais, por não existir proibição geral (assim A. von Tuhr, 1, 56), é sem valor; porque somente faria direitos subjetivos os direitos com sujeitos passivos totais. Confusão evidente com os direitos absolutos.

A concepção, em direito comum e em direito contemporâneo, do direito subjetivo alude, veladamente ou não, ao poder *da vontade,* que se exerce se e quando se entender; vontade, portanto, potencial. Já ai se toma o exercício do direito pelo direito e se recorre à noção de potencialidade. Em verdade, porém, a proteção aos direitos é independente de serem ou não exercidos. (Pomos de lado a critica fundada em que os loucos e os outros incapazes não podem "querer", porque, ainda nas extravagantes concepções de E. Hólder e de J. Binder, é sem base digna de exame.)

2.

Interesses protegidos pelo direito. Se a regra jurídica distribui bens da vida, ou altera a distribuição, direitos e perdas de direitos surgem. Se há interesses, subjacentes, não pertencem à dimensão jurídica, mas à dimensão política, salvo onde esse interesse é *sinal,* de que a regra jurídica entendeu usar. A definição de R. vor Jhering (interesses juridicamente protegidos) seria certa e é certa. porém apenas como definição do direito, que

se pode dar, estan do-se na dimensão política. Note-se bem: estando-se na dimensão política, a ver-se o direito em sua gestação. Não é definição científica, e não disfarça a tautologia. Tanto mais defeituosa se revela quanto se apura que há interesses protegidos pela regra jurídica *i* n *abstracto* que, in *concreto,* não existem para o titular do

direito. O curador que não quer ser curador exerce direitos que, em princípio, lhe desagradam.

3.

Proteção de interesses sem criação de direitos. Certamente, há interesses protegidos, sem que a regra jurídica protetiva faça exsurgirem direitos. O exemplo das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e outras (restrições de poder) é o que logo lembra aos juristas. Mas aqui não há direito; e o argumento, ainda que se dê por vitorioso, não prova a tese de que existem, aí, direitos, sem serem subjetivos. Tais cláusulas operam objetivamente e de modo nenhum a regra jurídica, de que provêm, por incidir em suporte fático suficiente *(e.g.,* declaração de vontade última), cria direitos; apenas retira certo elemento do direito, certo poder, mediante restrição. Se a inalienabilidade resulta da lei (limitação), dá-se o mesmo: o direito mesmo (no sentido objetivo) *limitou* o direito (no sentido subjetivo).

§ 562. Direito e dever

1.

Direito e dever; sujeito ativo e sujeito passivo; princípio da individualidade dos direitos. O "direito" e o

"dever", concreta-mente, têm de ser de um só, ou de sujeitos plurais, de modo que é princípio da teoria geral do direito, vindo do conceito mesmo de direito, que duas pessoas, separadamente, não podem ter o "mesmo" direito. O "direito" é dotado, assim, de individualidade, como eu, a minha filha mais velha, o marido de A.

Estamos no plano dos individuais. Rege, pois, o *princípio da individualidade dos direitos.* Direito nasce, transforma-se, e morre; por isso, pode transmitir-se, conservando a sua identidade. A regra jurídica tem tanto com isso como tem com a identidade da página 100 do exemplar deste livro, que o leitor está lendo, a máquina de impressão que baixou quatro mil vezes sobre as folhas de papel. A página de papel foi o suporte fático; a chapa molhada de tinta é a regra jurídica; o contacto é a incidência; a página impressa é o fato jurídico, que há de ser necessariamente algum fato que interesse às

relações humanas. A página 100 tem a sua individualidade, quer se cogite dela como a página 100 dentre as quatro mil páginas 100 que foram impressas, quer dela se cogite como a página 100 dentre as páginas deste exemplar.

2.

Correlação entre direito e dever. A correlação "direito-dever" não é peculiar aos direitos subjetivos; os direitos não-subjetivados satisfazem-na.

§ 563. Eficácia dos fatos jurídicos

1.

Suporte fático, regra jurídica, fato jurídico e efeitos. A regra jurídica incide sobre o suporte fático. Sem esse, aquela não passaria de regra jurídica sem incidência, regra que poderia incidir (por isso que é jurídica), e não teve ensejo de incidir. Sem aquela, o fato ou complexo fático não teria a incidência e, pois, não seria *suporte fático:* seria dado fático, fato ou complexo de fatos sem entrada no mundo jurídico. O direito nasce quando a regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, tem por suficientes os fatos, ou o fato, para a produção do direito, ou seja de modo completo, ou seja de modo incompleto, ou com efeito imediato de direito, isto é, anterior ao complemento dos pressupostos ulteriores (direitos a termo, ou sob condição, direitos formativos geradores). A propósito das modificações e extinções de direitos, ocorre o mesmo.

2.

Direito subjetivo e regra jurídica. O direito subjetivo é o que fica *do lado ativo,* quando a regra jurídica incide. As teorias que vêem direito subjetivo antes do direito assubjetivado são vítimas de análise insuficiente da concepção dos *privilegia,* que era em termos de subjetivação originária, e das regras jurídicas que nasceram de negócios jurídicos entre clãs, tribos, nações e Estados. Ainda hoje vemo-las emergirem de tratados interestatais. As maiores vitimas foram aqueles que ligaram o direito costumeiro à prescrição, tais como os canonistas, principalmente E Suarez, no livro VII de *De legibus*

et legislatore Deo, P. de Beaumanoir e D"Argentré (cf. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* 1, 163; G. E Puchta, *Das Gewohnheitsrecht,* II, 114 s.). Não é possível conceber-se o direito subjetivo, quer histórica quer logicamente, *sem* o *direito objetivo,* de modo que, incidindo a regra jurídica, ele seja o que "resulta" do lado positivo da incidência. Os que concebem a regra

jurídica como imperativo, e somente como tal, também dificultam a definição de direito subjetivo, que se reduziria, ai, a reflexo dos imperativos (P. Eltzbacher, *Die Handlungsfâhigkeit,* 1, 106 s.), ao não-proibido ou não-imposto, ao *Dúrfen* (E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischerz Grundbegriffe,* II, 39 s., e 307 s.). O direito subjetivo é o que fica do lado positivo da incidência da regra jurídica; portanto, há nele um "pode". Nem há lugar para a distinção que 6. Jellinek *(System, 47* s.) fazia, quanto aos direitos subjetivos privados e os direitos subjetivos públicos, no sentido de serem aqueles permissão *(DL)rfen)* e ésses poder *(Kãnnen).* Em torno, porém, daquele "poder", que há no direito subjetivo, surgiram as diferentes teorias.

§ 564. Direito subjetivo

1.

Direito subjetivo e limitação à atividade de alguém. Todo direito subjetivo, como produto da incidência de regra jurídica, é *limitação à* esfera de atividade de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito (= outras pessoas). Dissemos limitação, porque, ainda quando A restiinja a sua esfera juridica, a incidência da regra jurídica sobre a sua declaração ou manifestação de vontade é que limita. Todo o mundo (espaço-tempo-energia) juridico é feito com essas criações e limitações. O pedaço de terreno de 50x50 metros é coisa, no sentido do mundo fático; mas a sua apropriação por A é no plano das relações humanas, interpessoais: nem B, nem nem outrem pode apropriar-se dele. Como coisa, o terreno não pode sentir, nem ter atenção para o que se passa; e tudo que se passa, no tocante a ele, juridicamente, é só no mundo jurídico. Apenas esse mundo jurídico, por sobre o mundo fático, mas integrado nele, é que dá acesso, ou que fecha passagem

para o mundo fático. Se o objeto é coisa, ato ou omissão de outrem, tem isso importância no que diz respeito à determinação dos sujeitos passivos, isto é, das pessoas que ficam *no lado passivo* da relação jurídica. A, devendo-me, só A me deve; adquirindo de A o prédio, não sou só proprietário perante A, sou proprietário perante todos. Aqui aparece a figura dos direitos com sujeitos passivos totais, de que adiante trataremos.

2.

Direito subjetivo e faculdades. O direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela uma *só;* o direito subjetivo é que *contém* a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, émeio jurídico para a satisfação desses interesses. Na ilha deserta, sem ordenamento jurídico, o náufrago *dá* a outro náufrago o fruto que colheu; não *doa.* Doação é categoria jurídica. Se esse náufrago diz a outro que encontrou caverna, em que poderiam, sem perigo, dormir, não fez nenhuma declaração de vontade que o obrigue a irem os dois dormir na caverna. Há, aí, faculdade, e não há direito subjetivo. Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *prius,* ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo.

3.

Capacidade de direito e sujeito de direito. A incidência da regra jurídica, que dá a alguém o poder ser sujeito de direitos, cria a *capacidade de direito,* o direito de personalidade. Esse é, logicamente, o primeiro direito. Ser sujeito de direitos é *posterius,* porque é a realização daquele direito: é-se pessoa, sem se ter outro direito que o de ser pessoa; sujeito de direito só se é, partindo-se do fato de se ser sujeito do direito de personalidade, quando se *tem* a posição de sujeito de direito em relação jurídica concreta. Só o primeiro direito de personalidade oferece a particularidade de serem necessariamente coexistentes, no tempo, ser pessoa e ser sujeito de direito. A incidência da regra jurídica de ordinário éindiferente à capacidade civil (loucos, menores, ausentes). A regra jurídica incide a favor e contra o incapaz:

qualquer incapaz pode ser, como os capazes, sujeito de direito, ativo ou passivo. A incapacidade civil já diz respeito ao *exercício* dos direitos subjetivos, pretensões e ações. Os sistemas jurídicos primitivos não chegavam à concepção da representação, de modo que era o tutor que se fazia sujeito de direito; *tutela,* de *tueor,* era fixação dos olhos em alguém, poder, e não ofício; no momento adequado, na posição do tutor ficava o tutelado.

557

§ 565. Teorias a respeito dos direitos subjetivos

1.

Teoria da vontade e direito subjetivo. Pretendeu a teoria da vontade que no "poder de querer" estivesse todo o fundamento ànoção de sujeito de direito, — vontade só do homem, ou do homem e das pessoas jurídicas, conforme se seguisse a trilha de E von Savigny ou a de Otto von Gierke. Mas, aqui e ali, em última análise, vontade do indivíduo, imediata ou mediata. Em verdade, os loucos e os menores não podem querer, e são sujeitos de direito. A vontade seria do representante. Ora, a subjetivação do direito não é mais do que o que fica, como poder, do lado ativo ou passivo da eficácia; não precisa de outro fundamento que o de ser, o de acontecer no terreno jurídico. Tal atitude livra-nos de cairmos na distinção entre sujeitos de gozo e sujeitos de disposição (E. 1. Bekker), para se evitar a argumentação fundada em dados históricos e de hoje; ou de termos, como E. Hólder, de considerar mais importante, ou como o verdadeiro, o sujeito de disposição (regressão à concepção pré-representativa). Tanto aqui quanto em todo o direito (sistema de regras jurídicas), a teoria voluntarista éfalsa. Identifica o homem e a vontade; depois, distingue a pessoa jurídica e a vontade dos órgãos.

Ora, os absolutamente incapazes teriam de ser identificados com a sua vontade, que o direito não reconhece: nega-a; no fundo, chegar-se-ia à afirmação de que os sujeitos de direito são as vontades, e ter-se-ia de

regredir à conclusão de E. Hólder, quanto à superioridade do sujeito de disposição, e, no tocante às pessoas jurídicas, ou à negação delas, porque as vontades estão lá dentro e são individuais, ou à teoria da ficção.

Rigorosamente, a vontade nada tem a ver com as noções de incidência das regras jurídicas e de seus resultados (direito subjetivo, pretensão, ação, direito de exceção; sujeito de direito, ativo ou passivo). Tanto assim que a vontade, *quando* é protegida, só o éporque a incidência a protege e ela se acha do lado ativo ou passivo da eficácia. Toda concepção do direito subjetivo como vontade enche de volição o que muitas vezes não na tem.

Nos escritores que a sustentam, tal convicção revela a data filogenética da sua psique ou a de algum fato psicanalítico.

2.

Teoria do interesse e direito subjetivo. A teoria do interesse solta o dado vontade, com que se tentou explicar o direito subjetivo e o sujeito de direito, porque, onde a teoria voluntarista encontrava dificuldades, não nas teria a que, em vez de vontades, visse interesses. Os direitos subjetivos protegem interesses, disse-se, ainda os de incapazes. Verdade é, porém, que a resposta de R. von ihering à objeção, concernente ao surdo que compra bilhete de concerto, não satisfaz: o conceito de um direito que tem em si mesmo o seu valor é negação da essencialidade do interesse; e interesses, sem conta, continuam sem proteção. A incidência da regra jurídica é que importa; e toda investigação tem de ser sobre o que fica *do lado da eficácia.* Ora, a teoria do interesse, sobre ficar no plano em que se protegeram interesses (plano do mundo político), portanto *antes* da incidência, *e muito antes* da eficácia, não atendeu a que nem sempre se indaga do interesse concreto quando se apontam direitos.

3. *Teoria do gozo-interesse.* A teoria do gozo-interesse partiu da distinção entre sujeito de gozo e sujeito de disposição, mas, em vez de chegar à afirmação da supremacia desse, manteve a daquele, que seria o centro de interesses, O argumento maior foi o de que o direito póde criar sujeitos de direito que eram animais e coisas (E.

1. Bekker, Zur Lehre von Rechtssubjekt, *JahrbOcher JLir die Dogmatik,* 12, 15 s. e 25 s.). Porém essa teoria, se ataca, de frente, a teoria

voluntarista, apoia a do interesse, e as objeções ficam de pé: patrimonialismo excessivo, ainda quando se estenda ao interesse moral; existência de gozo sem interesse e de interesses sem proteção jurídica. Essa supervaloração do interesse atingiu, com A. Brinz *(Lehrbuch,* 1, 222 s.) o seu ponto culminante: no caso das fundações, soltou-se o que se queria explicar (o direito subjetivo, o sujeito de direito), deixou-se só aquilo com que se queria explicar (o interesse, o patrimônio), e ousou-se a concepção dos direitos sem sujeito, materialismo originalizante, que abstraiu da incidência das regras jurídicas para somente ver aquilo *sobre que* as. regras jurídicas incidem. Ora, o patrimônio mesmo é o que resulta da incidência de certas regras jurídicas, não *dos lados* (sujeitos de direito, ativo e passivo), mas *embaixo* (objeto de direito). Patrimônio é o que fica, embaixo, de certos direitos subjetivos, pretensões, ações e exceções, sem se contarem deveres e obrigações. Não há direitos sem sujeito, porque não há incidência de regras jurídicas sem lados: quando cai o sinete, há sempre, do lado esquerdo e do lado direito, traços onde o sinete acaba; embaixo, o papel, o bem da vida, a que o sinete deu forma sua, em relevo, ou em cor

4.

Direito subjetivo e poder. Certo, os direitos subjetivos *contêm* poder, porque supõem bem da vida, a que se refira, e caber a alguém um bem da vida é atribuição de poder ou de complexo de poderes. Também se

chama a esses poderes “faculdades”. Plantar no terreno é faculdade. Colher-lhe os frutos também o é. Permitir que o cavalo de outrem entre nele, ou proibi-lo, é faculdade. Vender o terreno, doá-lo, trocá-lo, também são faculdades: as de dispor As pessoas são menos variáveis, em sua natureza, que as coisas. Por isso mesmo, é mais homogêneo o direito de família. As categorias jurídicas, aí, são em menor número. Em menor número, as faculdades de quem é titular de algum direito de família. A coisa, a que se refere o direito, é que determina as faculdades que enchem o exercicio do direito. Há certa liberdade na escolha das categorias jurídicas; mas, se atendemos à natureza dos bens da vida e à organização “histórica” da vida e dos grupos humanos, são elas em muito menor número do que se pensa. Éassim que a experiência humana e as suas descobertas e invenções técnicas se transmitem e asseguram a continuidade das civilizações.

As vezes, basta uma faculdade para fazer um direito subjetivo. Quase sempre, contém ele muitas faculdades. As faculdades, contidas no direito, ou são derivadas imediatamente da relação que se juridiciza com a incidência da regra jurídica (posse, ocupação), ou derivam do direito, ou servem à consumação dele. Sempre urna das faculdades, pelo menos, é *conteúdo* do direito; as outras são eficácia do direito ou faculdades conseqUenciais.

Nos direitos a sujeitos passivos totais, como os direitos reais, os direitos de personalidade e o de reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha (Código Civil, art. 384, VI), há imediatidade com o objeto. Nos direitos com sujeitos passivos individuais, o direito subjetivo é àprestação de ato ou omissão. (Alguns juristas confundem-no com a pretensão, que de ordinário o acompanha; por exemplo, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 3Oª-

34º ed., 157, inclusive na 39º ed., de Hans CarI Nipperdey. Ora, há direitos subjetivos *sem* ou *ainda sem* pretensão.)

conteúdo do direito subjetivo é, portanto, poder; mas esse poder não há de ser dito “poder da vontade”.

Antes dele, estão interesses; o seu fim é proteção de interesses (o fim, não o conteúdo; e assim se evita a confusão em que R. von Jhering incorreu). Aquele poder é apenas alusão ao estado de participação nos bens da vida. O direito objetivo, regrando distribuição de bens da vida, cria poderes. Mas poder, aí, não é mais do que faculdade, que se faz conteúdo do direito subjetivo. Se restringimos o sentido ao de faculdade, o conteúdo do direito subjetivo é poder. Não só poder de vontade; poder, também, de não-querer Uma coisa époder querer *a,* ou não querer a, ou querer não-a, e outra poder querer ou não-querer O titular do *ius ne altius tolíatur* **tem** faculdade de querer que não se eleve a construção, e só isso.

direito subjetivo não é, pois, qualquer poder. Posso sentar-me durante o tempo que me apraz, no banco A do jardim público de uso comum ou especial; não tenho direito subjetivo a isso. Se as regras jurídicas o permitem e só mo vedam a mim, ferem-me o direito de ir, ficar e vir (liberdade física), para a tutela da qual me cabe pedir *habeas corpus;* não, porém, o direito subjetivo de sentar-me no banco A do jardim público. Terei esse direito se a administração pública deu ou concedeu a outrem dar, ali, espetáculo, e compro os bilhetes relativos ao banco A. Nem o ser protegido pela regra jurídica é ter direito; nem todo direito é subjetivo: a pessoa pode ser titular de direito, *e.g.,* o de frequentar as praias públicas, e não ter direito subjetivo a isso; há direito, há dever, há sujeito ativo e sujeito passivo do direito, porém não é *subjetivo* o direito. Nem com ele se obsta a atos administrativos referentes ao lugar, nem com ele se torna parte na formação de algum outro direito, gerando-o, modificando-o, ou extinguindo-o. Se o Estado, em circunstâncias de falta de habitação, regula o alojamento das pessoas ou das famílias, pode ir até à subjetivação, porém raramente o faria; razão por que, de ordinário, ao direito das pessoas desalojadas ou das famílias desalojadas apenas tocaria a *ação de pedir cumprimento da lei* (as ações, sendo concebidas como separáveis ou independentes dos direitos subjetivos, podem existir, sem que haja direito subetivo). Por isso mesmo, não se poderia ter como elemento distintivo dos direitos subjetivos a acionabilidade *sem ser* pela ação de cumprimento da lei e pela ação de responsabilidade dos funcionários públicos e dirigentes (G. Jellinek, *System,* 101). Há direitos subjetivos mutilados ou destituídos de ação; há direitos, assubjetivados, dotados das ações acima referidas; e até estados de poder ***(e.g.,***

posse), que nºo são direitos, a que, no entanto, correspondem ações.

5.

Noção de direito subjetivo e sua *recante extração.* A noção de direito subjetivo foi extr&da pelos tempos modernos. Mas direitos subjetivos foram técnica de que sempre se usou, para a tutela de interesses. Diga-se o mesmo das pretensões, ações e exceções. Por eles e com eles, realiza-se a política de se deixar aos individuos o cuidar dos direitos que têm, dos bens que lhes tocam. Tanto tem direito subjetivo o que é dono da coisa quanto o que é credor de outrem. Do outro lado, há o dever. A pretensão corresponde a obrigação. A ação~ a situação de

réu. À exceção, o ter de sofrer que fique encoberta a sua pretensão, a sua ação, pela *exceptio,* ou a própria exceção pela *replica tio* exceptionis.

Perdeu-se muito tempo, e perde-se ainda, em se discutir se o direito objetivo e o direito subjetivo são duas faces

557

do mesmo conceito. A incompreensão dos juristas, afirmando-o, chega a ser irritante *(e.g.,* ainda há pouco M.

T. Zanzucchi, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* 8). Mostra que não seguiram, de perto, *o* que se passa fora e dentro do mundo jurídico. A regra jurídica é *prius.* Ela põe a *regula,* prevendo que se dêem os fatos ou complexos de fatos (suportes fáticos), em que ela incida e, estando ajustados a ela, carimbados por ela, entrem no mundo jurídico. Somente após isso, isto é, somente após a juridicização do suporte fático (ás vezes diferidarnente, e ás vezes nunca ocorrida), é que se dá a eficácia. Ora, o direito subjetivo é *um* dos tipos de efeitos. ~Como seria possível vê-lo como uma das faces do conceito, sendo a outra a regra jurídica (o direito objetivo)? Em verdade, o que ocorre e exatamente o contrário: os dois conceitos são irreduzíveis (G. Rúmelin, *Reden und Aujsãtze,* II, 322). Não se trata de questão de interesse só filosófico, nem a resolve ou a elide dizer-se que os dois lados são profundamente conjuntos e interdependentes, ou reflexo um do outro, ou discorrer-se a respeito com tal vaguidade. A simultaneidade é ilusória e foi vitima dessa ilusão L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 3O~-34º ed., 153, nota 1): aliás, ele mesmo sabia da"~ incidência anterior da regra jurídica (1, 325). Tampouco é vão discuti-lo (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 54, nota 2): pode bem ser que, nos começos, a regra jurídica e o direito subjetivo nascessem juntos, *se esse* nascia; desde, porém, que a regra jurídica deixou de ser feita *para o caso,* e passou a prever o seu suporte fático (possível), ela é, necessariamente, ***prius,*** e o direito subjetivo algo que pode acontecer com a entrada do suporte fático no mundo jurídico.

Sem se atender a que há a regra jurídica e o suporte fático, sobre que ela incide, a que a deficiência desse suporte pode ser mais grave ou menos grave, de modo a suscitar nulidade ou anulabilidade, e a que o fato jurídico, surgido daquela incidência, somente fica sem eficácia se algo, como a nulidade, o determina, —não é possível conhecer-se tudo

que se passa quanto a *direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções,* nem se iniciar, com claridade, a pesquisa desses, que são eficácia. Sem isso, não é possível, tampouco, tratar-se dos sujeitos e dos objetos dos direitos. O sujeito de direito é algo que nada tem com as regras jurídicas. As regras jurídicas somente se preocupam com a capacidade de direito e, pois, com a personalidade, com as incapacidades de obrar e outras *possibilidades* de ser sujeito de direito e de exercer direitos. O sujeito (pessoa) entra no mundo jurídico como elemento do suporte fático; portanto como ente que se aloja no fato jurídico e daí se projeta, servindo de termo a relações jurídicas, que são *eficácia* do fato jurídico. Dir-se-á que as regras jurídicas são feitas para as pessoas, para os possíveis sujeitos. Não; são feitas para incidirem em suportes fáticos em que estejam pessoas. Quando, porém, se pensa em direito subjetivo, *já* se está longe da regra jurídica; porque, em relação à regra jurídica, o direito subjetivo é *efeito.* Supõe ter havido o suporte fático, a regra jurídica e o fato da incidência. Supõe mais: supõe após isso, o que aliás é *imediato* à incidência, o fato jurídico.

Sem esse encadeamento, seria obscuro chegar-se à noção de direito subjetivo. Por falta de suficiente análise do material jurídico, perdeu-se longo tempo em se conceber o direito subjetivo como *prius,* com o que se eliminava, ou se reduzia, em certo sentido, o histórico entre a regra jurídica pronta a incidir sobre o suporte fático e, com a incidência, a juridicização do fato. O direito subjetivo é tão *posterius* quanto o dever; após eles vem a irradiação dos outros efeitos. O suporte fático é o conteúdo contingente, concreto, ou concreto-abstrato *(e.g.,* a manifestação de vontade e a coisa são concretos; o ser dono ou não ser dono da coisa é abstrato) da regra jurídica. O direito subjetivo, o dever, a pretensão, a obrigação, a ação e a exceção são seres do mundo do pensamento. Isso não exclui que eles sejam. No mundo jurídico, *são* tanto quanto os suportes fáticos. Por isso, nascem, modificam-se e extinguem-se. Podemos observá-los, compará-los, classificá-los. Podem eles transferir-se, às vezes dividir-se, unir-se, encobrir-se.

Das considerações que aí ficam é fácil ver-se quão absurdo épensar-se em direito subjetivo como *prius* lógico em relação àregra jurídica *(e.g.,* F. Invrea, *La Parte Generale dei Diritto,* § 18; N.

Bobbio,

Scienza

e

Tecnica dei Diritto, 45). Ora, os acontecimentos e estados, a que se chama direito subjetivo, são acontecimentos e estados do mundo jurídico. Sem esse, não seriam; e esse não seria sem as regras jurídicas que, incidindo sobre os suportes fáticos que elas (formalmente) prevêem, os conduzissem a aluguéis, *onde* esse mundo jurídico se tece com os fatos jurídicos. O nome "direito subjetivo" e a precisão do conceito obedeceram a intuitos técnicos, não sem certa influência do que o homem entende, na vida quotidiana, por "ter direito". A concepção jusnaturalística, vendo tudo de dentro do homem para fora, racionalizou esse impulso primitivo; e de muita finura deu mostras E. Betti *(Diritto romano, Parte Generaie,* 71), ao chamar à colocação do direito subjetivo *antes* do direito objetivo "velho preconceito *(pregiudizio)* jusnaturalistico".

Para o direito subjetivo, a regra jurídica, de que ele, através da incidência dessa e do fato jurídico, provém Qá no plano da eficácia), não só se imprimiu no suporte fático (podia imprimir-se e não determinar o nascimento de direitos subjetivos), mas, também, criou fato jurídico idôneo a produzi-lo. A regra jurídica que cria escolas públicas não dá, por isso só, a quem quer que delas precise o direito subjetivo a entrar como aluno. (Se a regra

de isonomia, art. 5º, *pr.,* da Constituição de 1988, pode ser invocada é outra questão.) *6.*

Epígonos do direito subjetivo. A noção de direito subjetivo teve contra si a ânsia dc originalidade, o brilho, semiparlamentar e semi-acadêmico, de juristas franceses (L. Duguit, *Le Droit social,4; Les Transformations générales du Droit privé,* 5 **5.;** *Traité,* 24), e o influxo político ditatorial, alemão, italiano e russo, tendente a descobrir ou a apagar o direito mesmo (cf. Karl Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht,* 24 s.). Por vezes, tomou-se por desaparição de direitos subjetivos o que era eliminação de todo direito, subjetivado ou não, ou apenas criação ou desenvolvimento do campo administrativo ou operacional para se dar execução àqueles mesmos direitos subjetivos.

direito subjetivo não é só o que é dotado da pretensão a que algo se ponha de lado, ou exclua, ou se desfaça a contrariedade a direito, tal como o definia A. Thon *(Rechtsnorm und subjektives Recht,* 218, 223, 282

s.), porque isso é secundário, como o seria, e ainda mais, o defini-lo pela ação. Também o é, e primariamente o é, o existir e o se exercer todo poder que se contém no direito e o realiza. Sem esse elemento a mais, o direito subjetivo confundir-se-ia com a pretensão, ou com a ação, ou com as duas.

§ 366. Poderes e direitos

1.

Poderes contidos nos direitos. Nos direitos estão contidos, quase sempre, poderes, que os enchem, que os integram. Tal é o poder de alienar que se contém no direito de propriedade, ou o de ceder, que se contém no direito de crédito. Por vezes, a lei ou o negócio jurídico faz ablação do poder: são, respectivamente, as *limitações* (legais) *de poder* e as *restrições de poder (e.g.,* art. 1.676). Os direitos reais inalienáveis e os direitos de crédito incessíveis são direitos limitados em poder. Os direitos de personalidade e os direitos de família são-no de regra.

2.

Poderes-direitos; direitos potestativos; direitos formativos. Há, porém, poderes que existem por si, que são *direitos,* independentemente de outros. No art. 1.596, permite-se a quem tenha interesse na sucessão a ação de indignidade. Não é preciso que, julgada a ação, seja o autor o beneficiado; portanto, não é poder contido ou anexo ao de suceder, concretamente. Chamou Ernst Zitelmann a tais direitos "direitos de poder jurídico", *Rechte des rechtlichen Kdnnens (Internationales Priuatrecht,* 1, 43), direitos potestativos. A expressão "direitos secundários" (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 160) é infeliz.

Se atendemos a que à pessoa é dado o poder, às vezes, de influir na esfera jurídica de outrem, adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções, ressalta a existência de *direitos formativos,* que são espécie de direitos potestativos. Tais direitos se exercem por ato unilateral do titular, ou seja por declaração unilateral de vontade ao interessado, ou a alguma autoridade, ou seja por simples manifestação unilateral de vontade, ou seja por meio de ação *(e.g.,* ação de suplemento de idade). As classes principais são a dos direitos formativos geradores, constitutivos ou credores, a dos direitos formativos modificativos e a dos direitos formativos extintivos.

a)

Nos *direitos formativos geradores* ou *constitutivos* estão incluidos os direitos de apropriação, que são os de adquirir o domínio ou outro direito real, pelo exercício deles. O direito de opção também é direito formativo constitutivo, que se não há de construir como venda e compra sob condição *si voluero.* Também a favor do destinatário da oferta revogável ou irrevogável nasce direito formativo gerador: mediante o seu exercício, compõe-se o negócio jurídico bilateral. Outrossim, o poder de encher documento em branco (A. von Tuhr, *Die unwiderrufliche Vollrnacht,* 50; Jul. Siegel, *Die Blanketterklãrung,* 16). Quem ratifica exerce direito formativo gerador.

b)

São *direitos formativos modificativos:* o direito de escolha, nas obrigações alternativas (art. 884); o direito de interpelar, notificar ou protestar, para constituir em mora (art. 960, 2º alínea); o direito de substituição do terceiro, segundo o art. 1.100; o direito de estabelecer prazo para prestação; o dircito do devedor de, oferecendo a coisa, constituir em mora o credor (ads. 955 e 958), inclusive se se trata de *facultas alternativa* (art. 884).

557

c)

São *direitos formativos extintivos:* o de alegar compensação, o de pedir separação judicial ou divórcio, o de requerer o levantamento do depósito em consignação (art. 977) e os mais direitos a que E. 1.

Bekker chamava *direitos negativos.* As vezes, a eficácia extintiva é só quanto ao titular (renúncia à herança, abandono e renúncia da propriedade, renúncia de outros direitos reais). Outras vezes, opera-se na esfera jurídica de outra pessoa: direitos, pretensões e ações de decretação de nulidade ou de anulação, ou direitos e pretensões á resolução, ou à resilição ou à rescisão, ou à revogação da doação, ou à revogação dos poderes, à denúncia da locação ou da sociedade, e ações respectivas etc. Nem sempre a eficácia extintiva atinge a relação jurídica toda (decretação de nulidade, anulação, denúncia, resolução e resilição, rescisão): em muitas espécies, a eficácia extintiva só atinge algum efeito (direito, pretensão, ação, exceção, como se dá com a alegação de compensação ou com a renúncia); noutras, a eficácia dita extintiva é só encobridora de eficácia, como se dá com as exceçoes.

O exercício dos direitos formativos extintivos é, quase sempre, por declaração unilateral de vontade. Sobre tal exercício incide a regra jurídica; entra ele no mundo jurídico, onde a sua eficácia é a extinção prevista. Pense-se na *daflo fn solutum* e na denúncia da locação. De regra, é de exigir-se a declaração de vontade. Não há possibilidade de supri-la o juiz (se profere sentença em ação declaratória do direito formativo extintivo, tal declaração não éexercício); nem bastaria que ele, *inciden ter,* declarasse existir o direito formativo extintivo, não exercido. A ação é por vezes exigida.

Os direitos formativos extintivos são renunciáveis. A relação jurídica, ou o efeito, que seria atingido, pelo exercício deles, passa a ser incólume.

A eficácia extintiva pode ser ex *tunc* ou *ex* mine. De regra, a denúncia só tem eficácia *ex* nune. Tratando-se de negócios jurídicos de prestação duradoura, como a locação, há resilição *(ex* nune), e não resolução *(ex* time). A decretação da nulidade ou da anulação opera *ex* tune. Se o exercício do direito formativo extintivo leva à extinção *ex* time, ou *ex* nune, mas há óbices a que os efeitos produzidos totalmente se apaguem *(e.g.,* a coisa foi consumida, ou alienada a terceiro, que a adquiriu; o locatário já ocupou a casa algum tempo, ou o locador recebera aluguéis adiantados), nascem à pessoa, que seria prejudicada, créditos, pretensões e ações à restituição ou reparação.

Os direitos formativos extintivos extinguem-se com a relação jurídica, que eles, exercendo-se, atingiriam (perecimento da coisa, *contrarius* consensus, renúncia à relação jurídica). Às vezes concorrem dois ou mais direitos formativos extintivos: o titular deles exerce o que

entende; talvez possa exercer a todos, de um em um se a eficácia extintiva é parcial; apenas não pode extinguir o que já está extinto.

Cumpre, ainda, advertir-se em que, se a eficácia do direito formativo extintivo é *ex* tune, a extinção *ex* mine da relação jurídica, ou do efeito ou dos efeitos, não é óbice a que se exerça odireito formativo extintivo. Há o interesse na irradicação total dos efeitos desde o principio. Nada impede que se promova a decretação da nulidade, ou anulação, ou resolução *ex* tune do contrato de locação, que foi denunciado, ou resilido; nem a rescisão por vícios redibitórios é empecilho à decretação da nulidade ou da anulação do contrato.

§ 567. Poderes contidos

1. *Conceito de poderes e Contidos*. Os poderes contidos nos direitos, nas pretensões, nas ações, ou nas exceções, não são, propriamente, direitos. Seria supérfluo conceber tais *poderes* contidos como direitos. Quando o poder pode existir sem ser contido em direito, então é ele, por si só, direito. Os poderes dos mandatários são conteúdo e exercício dos seus direitos de mandatários. O poder de disposição do direito alheio é direito. O poder de gerir tambem o e. Há sempre fato jurídico, de que tais direitos se irradiaram. Tem-se evitado falar de direitos, porque os poderes, quase sempre, são revogáveis; mas tal critério discriminativo não é de admitir-se. Toda permissão de entrar na esfera jurídica de outrem é direito; ou simples auxílio, que não vem ao caso. A revogabilidade do mandato não tira a vinculação, que é efeito do negócio jurídico, e a eficácia da revogação, só *ex* nune, depende de outros elementos que a simples retirada da *uox.* Posso autorizar a alguém a pagar, em meu nome, o que devo a terceiro, que assim tem oportunidade de receber de tal pessoa o que lhe devo. A autorização pode criar, a favor do incumbido, direito a solver a minha dívida, e não só simples poder.

2.

Faculdades de poder. As faculdades de poder podem derivar da lei *(e.g.,* representação do filho pelo pai, do curatelado pelo curador). A faculdade de poder não se confunde com o poder autógeno, em que há

a figura de alguém que, devido a circunstâncias, tem o poder, que caberia a outro; tal como acontece com aquele

adquirente de boa-fé, em favor de quem se transcreveu o imóvel, sem ter sido dono o transferente, ou com o adquirente, qualquer, se Iho alienou terceiro, ou com o mandatário, que opera antes de conhecer a revogação do mandato etc.

Aqui, convêm relembrarmos o que dissemos no Tomo III, a respeito das ofertas de contrato ou outros negócios jurídicos bilaterais. A concepção da oferta que não prende, de si só, foi superada. A própria oferta revogável só é revogável enquanto não foi aceita; de modo que há o efeito da *uinculcibilidade:* quem está exposto a ficar vinculado pela aceitação, se não se dá antes a revogação em termos, de certo modo já está vinculado, porque expor-se a vinculação é vincular-se, embora em grau mínimo.

3. Sujeito *passivo* dos *direitos.* A todo direito corresponde sujeito passivo, — ou total, nos direitos absolutos, ou determinado, nos direitos relativos. Os direitos formativos, quer geradores, quer modificativos, quer extintivos, não são sem sujeitos passivos: há sempre esfera juridica alheia, em que se opera a eficácia do exercicio de tais direitos. Apenas, nos direitos formativos e nas faculdades de poder, o efeito é ou pode ser mínimo. Se é certo que, nos direitos formativos, não se precisa de ação de condenação especifica, ou dc abstenção, como se dá nas violações dos direitos absolutos, nem de ação de condenação, como se dá nas violações dos direitos relativos, é porque sobre o suporte fático do exercido dos direitos formativos incide a regra juridica e toda discussão seria sobre ter, ou não, incidido. Aliás, se B nega que A pudesse retirar a oferta, a discussão é em torno da vinculabilidade de A, que, se vinculável estava, deu ensejo, pelo menos, à pretensão e à ação declaratória positiva de B. Se C contratou com A, gestor de negócios de B, e B ratificou os atos de A, mas C entende que se não vinculou a B, há questão de existência de *efeito* mínimo. Alguns juristas têm procurado negar a subjetividade passiva, nos casos de simples vinculação (o oferente da oferta irrevogável estaria vinculado, porém sem *dever);* mas essa atitude salta por sobre o efeito mínimo, que é efeito como quaisquer outros efeitos.

Capítulo II

§ 568. Direitos de crédito

1.

Direitos de crédito e pretensões. Desde que, com a incidência da regra juridica, alguém deve, ou deve e é obrigado a prestar a outrem, há, da parte dessoutro, direito de crédito, ou direito de crédito e pretensão. Ao direito e ao dever chama-se, respectiva-mente, crédito e débito (ou dívida). O poder exigir a prestação éa pretensão; aquele a quem ela se dirige é o obrigado. Porque não se pode constranger o devedor, diretamente, a *fazer,* ou não fazer, isto é, a solver, concebe-se o direito de crédito como tutelado pela responsabilidade patrimonial. As vezes, determinadas coisas, ainda que não pertençam ao devedor, servem de garantia. A execução forçada, sem atingir a pessoa do devedor, foi criação posterior: a principio, a pessoa mesma do devedor respondia. A *maniis* infectio era expressiva. A responsabilidade pode, hoje, ser só de parte do patrimônio, ou de patrimônio especial. Tem-se dito que, por vezes, falta o devedor, — *e.g.,* se se trata de dívida da herança, e ainda não houve aceitação pelo herdeiro; mas tal construção é de repelir-se: não há crédito sem devedor, nem débito sem credor; afirmar-se o contrário é confundirem-se o não-ser e a incerteza subjetiva: há o devedor; apenas ainda "não se sabe" quem e.

2.

Tutela jurídico e condena çâo do devedor. O Estado somente promete a tutela jurídica, que ele monopolizou (salvo os raros casos de justiça de mão própria), quando há, da parte do devedor, ou pelas circunstâncias, razão que justifique o exame pelo juiz.

Para isso, editam-se regras juridicas concernentes à falta de adimplemento voluntário e regras jurídicas que estabelecem o direito e as pretensões à tutela jurídica. A esse respeito, convergem regras jurídicas de direito material, *e.g.,* sobre mora, regras jurídicas préprocessuais (relativas às pretensões à tutela jurídica), regras jurídicas de organização judiciária e regras jurídicas processuais, das quais as mais importantes são as do mandado inicial de execução. O

credor pode, com o seu crédito, pedir a satisfação, mediante o exercício da sua pretensão à tutela jurídica, com a penhora, ou compensar (isto é, extinguir, com ele, crédito do devedor contra ele), ou exercer exceção, ou transferir a outrem o seu crédito, ou remitir a dívida. As vezes, o direito é apenas direito de exceção, ou de retenção (arts. 516, in une, e 518).

3.

Adimplemento e extinção dos créditos. A prestação faz-se ao credor, porém não necessariamente: os

sistemas jurídicos permitem que se separem a figura do credor e a daquele a quem se há de prestar, ainda quando não possa esse terceiro exigi-lo. Aliás, o crédito pode pertencer a A, B ter a pretensão, e ainda ser C

quem haja de receber.

Os direitos de crédito são direitos que *tendem* a ser solvidos; portanto, a se extinguirem. Tal finalidade se verifica do lado do credor como do lado do devedor. O credor pode exigir a solução, pode exercer a sua pretensão à tutela jurídica e ir até à execução forçada; o devedor pode solver, ainda contra a vontade do credor, *e.g.,* consignando (arts. 972-984). Os próprios sistemas jurídicos repelem negócios jurídicos sem limite de tempo, se geram créditos. Diferente é o que se passa com os direitos reais e os demais direitos absolutos: têm estabilidade que falta aos direitos de crédito; esses facilitam prometerem-se meios que não estão no patrimônio do devedor, ou de que não quer ele lançar mão; servem à reparação de danos e a contraprestações da uso, ou de coisas. Os direitos reais agarram a coisa; os direitos de crédito, não, ainda quando se haja prometido a propriedade. O credor, em virtude do seu direito de crédito, exige, pede a coisaj não a pode apreender e apossar-se dela. Por isso, a respeito da mesma prestação podem concorrer dois ou mais créditos, ou estar em relação de co-destino (extinto um, pelo adimplemento, extinguem-se os outros).

§ 569. Direitos reais

1.

Conceito *de direito real.* O direito que apanha a coisa, plenamente ou dentro de certos limites, sem depender de alguém, de modo que o seu titular o exerce e o faz valer perante quem quer que seja, é o direito *real.* Não há relação do titular com a coisa; há relação do titular com todos, a respeito da coisa. O exercício do direito é sobre a coisa mesma. O Estado, além de o conceber como tal, tutela-o, e reconhece-lhe eficácia jurídica especial. Em extensão, é o *dominio* o direito real que vem em primeiro lugar: só a lei e outros direitos sobre a mesma coisa lhe traçam limites. Não há limites conceptuais, como há para o usufruto, o uso, a habitação, a hipoteca, o penhor e a anticrese. Esses consistem em senhorio sobre felpas do domínio. Daí terem os juristas romanos pensado em os chamar direitos in *re* aliena: a coisa seria, necessariamente, de outrem, e sobre ela recairia o direito real conceptualmente limitado. Tal necessidade não existe a *priori;* depende do sistema jurídico que a postule. Se o sistema jurídico não na postula, o direito real pode ser sobre a coisa própria.

O registro de imóveis permite, como veremos, que o direito real seja sobre a coisa própria. Todos esses direitos reais limitam o domínio, porque lhe retiram alguma faculdade, com que se componha. Do que resta, algo ainda se pode tirar, o que faz assaz importante, na formação de tais direitos, o tempo *(Prior in tem pore,* potior *in lure)*. Alguns têm o mesmo conteúdo *(e.g.,* primeira e segunda hipoteca). Outros, conteúdos distintos (e.g., o usufruto e a hipoteca; o uso *e* a servidão). Os direitos reais de garantia apenas dão faculdade de se obter soma de dinheiro sobre o preço que com a coisa se consiga. Porém não se pense em que o valor é que é o conteúdo de tais direitos; a coisa mesma é que o é. Na renda constituída sobre imóveis, ao dono do prédio gravado incumbe pagá-la (art. 750); sem se precisar da noção da acessoriedade dos direitos reais de garantia. Não há crédito, que a coisa garanta; a coisa está sujeita ao direito real de renda, como estaria sujeita ao usufruto, ou sujeita ao uso ou à habitação.

2. *Direito de* opção. *(a)* O direito de opção quase sempre é só contratual. Pode originar-se de negócio jurídico unilateral. Pode também ser concebida a opção como eficaz *erga omnes,* como se foi registrado o contrato no registro de imóveis como pretensão àtransferência da coisa. Então, é eficaz contra o que contratou e

contra quem quer que seja. Resta saber-se se tal registro faz direito real a opção, ou se só atribui eficácia *erga* omnes à opção. Não é o mesmo. O registro do contrato de locação de prédio não faz direito real a locação porque se lhe incluira a cláusula de vigência em caso de alienação (art. 1.197; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art.

167, 1, 3). A resolução segundo o art. 647 permite que o registro opere como tornando direito real o do adquirente em virtude de condição resolutiva ou termo resolutivo; donde a reivindicabilidade da coisa. A opção depende, quanto àeficácia *erga* ornnes, de ser registrado o ato optativo. Se por alguma razão não se registra, não cabe a tal eficácia. De modo que, no direito brasileiro, a pretensão à transferência do imóvel éeficaz, pelo registro, *erga omnes,* porém não dá direito real de opção *(aliter,* no direito civil alemão, § 1.094-1.104). Na designação genérica de "registro", que há de obedecer ao art. 167,11, 3), da Lei nº 6.015, *por analogia,* há, aí, averbação. Não se torna real o direito (já assim nosso *Tratado de Direito Predial,* III, 105 s., 149 s.).

(b) Também o registro dos pré-contratos de terrenos loteados (Lei nº 6.015, art. 167,1, 20) não faz real o direito que se irradia da relação jurídica pré-contratual (já assim nosso *Tratado de Direito Predial,* 111, 56 s., 131-149).

557

3. Numerus clausus *de direitos reais.* Os direitos reais são em *numerus clausus:* só os há, se a lei os admitiu, isto é, se os pôs no número deles, no rol. Se a lei não no previu, não pode o intérprete criá-lo, nem cabe analogia. Porém há direitos reais criados por outra lei que o direito das coisas; tais como o usufruto dos pais e o usufruto do chefe da sociedade conjugal, se o rendimento é comum (art. 260, 1).

(O direito real, como todos os direitos frente a todos, são direitos em que ainda há a lembrança da origem coletiva da propriedade ou do poder: em vez de todos serem os sujeitos ativos, um ficou no lugar dos outros, e o direito é perante todos. Os direitos frente a um só, ou a alguns, são criações posteriores, quando os laços já podiam ser entre membros da tribo, sem reminiscência do coletivismo inicial das sociedades humanas. O

interesse do Estado é só o de regrar, para que não haja anomia; donde o livre querer, que é o *quod plerum que fit.)*

4. *Se a posse é direito real.* Discute-se se a *posse* é direito real. Afirmam-no C. Crome (Spstem, III, 12 s.), L.

Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 177) e 1(. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 206 s.). Cumpre atenção: a posse recai sobre a coisa, não há dúvida, *e* esse traço comum aos direitos reais é inapagável; o estatuto, em direito internacional privado, é o real; em caso de concurso, pode ser avaliado *e* deduzido o seu valor; mas a posse não tem a definitividade dos direitos reais (cf. E. Landsberg, *Das Recht des BGB.,* 11, 579; R. Stammler, *Die Lehre von dern richtigen Rechte,* 332); é provisional, e sua provisionalidade é fática, no que se distingue da provisionalidade jurídica das medidas cautelares; não tem acesso ao registro imobiliário, não grava a coisa, nem o transmiti-la é dispor da coisa (essencial diferença entre dispor da posse e dispor da coisa). Por isso mesmo, não se pode dizer que a posse seja direito real provisional sobre a coisa, como resultaria das convicções de E. Landsberg, Ii. Stammler e Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27º-32º ed., 10 s.): o que é provisional é ela mesma, não o direito; direitos provisionais são os derivados de medidas provisionais. A posse, essa, só se passa no mundo fático, é poder de fato; o direito vêo de cima e protege-o contra a inquietação (turbação) e o esbulho, portanto ainda para se restabelecer o poder de fato, que cessou. O direito, que a tutela jurídica possessória *cria,* é *ex novo,* para o sistema jurídico; direito ao status *quo,* rente aos fatos da vida. A tutela jurídica possessória é débil, porque é fático o seu objeto; e cede à propriedade, que é mais forte. A posse, como fonte da tutela jurídica, não entra no mundo jurídico; apenas entra no mundo jurídico a turbação ou o esbulho, ou a posse como elemento fático. Não há fato jurídico da posse, — há fato jurídico da tomada de posse, da transmissão da posse, fato jurídico ilícito da turbação ou esbulho da posse. A posse, essa, como poder fático,continua no mundo fático, provisional e débil; ou entra como elemento de algum suporte fático (transferência da propriedade móvel, usucapião). O

direito à tutela jurídica possessória não faz da posse direito subjetivo; o direito é visto no píano da tutela jurídica; nas suas conseqüências, a tutela jurídica possessória assemelha-se à tutela juridica dos direitos reais: a posse não gera “direito real”, mas as pretensões possessórias são pretensões reais, posto que não sejam rigorosamente, pretensões de direitos reais. São, contudo, direito e pretensão de direito das

coisas. Dizê-las pessoais seria absurdo (§ 573, 1 e 3).

5.

Individualização objetiva dos direitos reais. Os direitos reais são tipicamente individualizados; referem-se, necessariamente, a uma coisa. Quem é dono da casa, dos móveis e dos demais objetos que a guarnecem, é dono da casa e de cada coisa de per si. Quem deu em penhor vinte anéis deu ao mutuante, ou credor, vinte direitos de penhor, ainda que uma só a divida. Passa-se o mesmo com a hipoteca de dois ou mais prédios (cf.

W. Lang, Die Gesammthypothek, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 89, 322), sendo errada a construção de A.

Exner *(Das âsterreichische Hypothekenrecht,* II Parte, 293), que acentuou a unidade da hipoteca global. São duas ou mais hipotecas, posto que um só o crédito *e* uma só a escritura: as hipotecas é que estão entre si em relação tal que alguns princípios concernentes a direitos ligados entre si têm de ser invocados.

6.

U *nicidade de causa* dos *direitos reais.* Tampouco os direitos reais permitem mais de uma causa. Se A é proprietário do imóvel por aquisição pelo registro não no é por usucapião. Paulo (L. 14, § 2, D., *de exceptione rei iudicatae,* 44, 2) frisou que, em se tratando de obrigação, a cada um pode corresponder a sua causa, e nenhuma delas se vicia pelo pedido de outra; ao passo que, se exerço ação real, sem haver expresso a causa, todas as causas estão expressas na petição; porque uma coisa não pode ser minha mais de uma vez, se bem que se possam dever muitas *(neque enim amplius quam semel res rnea potest, saepius autem deberi potest).*

Aniplius quam semel res mea esse non potest. Quando já se adquiriu a coisa, ou o direito real, não se adquire segunda vez. Não se pode usucapir o que é seu, nem se adquire por negócio jurídico o que já se usucapiu. Se adquiro o que é meu, não adquiri; se tenho de vender o que é meu, posso comprar o que é meu a quem o vai

adquirir: não posso adquirir desde já, porque ainda é meu. A remição (Código de Processo Civil, arts. 787-790) não é aquisição da coisa própria, e o nome bem o diz.

7.

Princípio da inacumulabilidade. Em princípio, sobre a coisa não podem recair dois direitos reais de garantia idênticos: ã hipoteca a favor do crédito de A não se pode seguir outra a favor do mesmo crédito; nem o credor pignoratício pode obter segundo penhor a favor do seu crédito. Isso não exclui que se arreste ou penhore o objeto empenhado a favor do mesmo crédito. Nem o arresto, nem a penhora, nem as outras medidas constritivas são direitos reais.

8.

Direitos reais de objeto incorpóreo. Alguns direitos têm por objeto *coisas incorpóreas* ou *bens imateriais.* Tal o de direito de autor, no mais largo sentido: sobre obra literária, artística, ou científica; sobre invenção; modelos de utilidade, variedades novas de plantas; tais as marcas de indústria e de comércio; os títulos de estabelecimento, as insígnias comerciais ou profissionais, as expressões *e* sinais de propaganda, as recompensas industriais; as indicações de proveniência. A relação entre o autor e a obra ésemelhante à relação entre o dono da coisa e a coisa. A analogia levou a doutrina, antes do Código Civil, a pensar em *propriedade espiritual* ou *intelectual.* O Código Civil havia dedicado à propriedade literária, científica *e* artística todo um capítulo (arts. 649-673), após o condomínio (arts. 623-646) e a propriedade resolúvel (mis. 647 e 648). Tratava-se, pois, na sistemática do Código Civil, de *direito de propriedade.* Na Lei da Propriedade Industrial (Lei nº

9.279, de 14 de maio de 1996), cogitou-se da concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade (arts.

6º-93), da concessão de registro de desenho industrial (arts. 94-121), da concessão de registro de marcas (arts.

122-175), das indicações geográficas (arts. 176-182), da repressão aos atos ilícitos contra a propriedade industrial (arts. 183-210), da transferência de tecnologia e da franquia (art. 211), e das regras comuns gerais, transitárias e finais (arts. 212-244). A respeito de quaisquer desses objetos há direito de propriedade. Os direitos de

autor extinguem-se após determinado tempo, mas essa limitação não lhes tira a natureza de direito real. A atitude do Código Civil e, depois, da Lei da Propriedade Industrial apenas veio firmar que a *realidade* dos direitos éindependente da *materialidade* do objeto. A *res* pode ser material ou imaterial; a própria criação, emanação da personalidade, desliga-se dessa, passar.do a ser objeto de propriedade, em vez de objeto de direito de personalidade. (Os juristas que ainda incluíam nos direitos de personalidade os direitos sobre coisas incorpóreas eram vítimas de bem rudimentar análise dos fatos. Nos direitos de personalidade, o objeto não é separado da pessoa do titular. O direito autoral de personalidade é bem diferente do direito patrimonial de autor e mais ainda do direito de propriedade dos exemplares ou da edição da obra.) Também as marcas de produto, de certificação e coletivas, com o registro, são direito de propriedade (industrial). Há *o* dono da marca, como há o dono do direito autoral e o dono da patente de invenção.

No Código da Propriedade Industrial, sob o Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, os arts. 32, *b),* 34

parte, 104-113, 126-142, 151-157, falaram do *nome comercial,* — "firma ou denominação adotada pela pessoa física ou jurídica, para o exercício de atividades comerciais, industriais ou agrícolas" (art. 104). Tal inclusão não implicou em tornar-se direito de propriedade o direito ao nome de pessoa, nem o legislador tomou, em sua meia ciência, atitude doutrinária.

§ 570. Direitos reais sobre a coisa própria

1.

Constituição e dedução dos direitos limitados. Os direitos reais sobre bens imóveis ou móveis constituem-se com elementos do direito de propriedade e deduzem-se do direito de propriedade.

Após a dedução, os direitos reais, constituídos, podem ser transmitidos. Donde dois problemas de técnica legislativa: *a)* quanto àpossibilidade de deduzir alguém para si, de coisa sua, algum direito; *b)* quanto à possibilidade de adquirir alguém, dono da coisa, direito

real que se deduzira, a favor de outrem, do seu direito de propriedade. Não se nega, de modo absoluto, *de lege ferenda,* uma e outra possibilidade; nem, *de lege lata,* se exclui exceção àregra da não permanência dos direitos reais após a união do direito dc domínio e do direito real deduzido. Temos exemplo da dedução do direito real a favor do próprio dono nos *warrants* e conhecimentos de depósitos, quando há portador de uns e de outros (Lei nº 1.102, de 21 de novembro de 1903,

arts. 15, 17-27). Chamou H. C. Hirsch *(Die Ubertragung der Rechtsausíibung,* 198) ao direito deduzido, cujo titular é o mesmo do direito constituinte, "direito sobre o próprio" (direito ao próprio, direito próprio, Eigenrecht). Melhor é dizer-se direito sobre a coisa própria, ou sobre o bem próprio.

2. *Princípio e exceções.* Em regra geral, não se admitem direitos sobre a própria coisa. Se ainda não existem a favor de outrem, éraro que a lei os permita, como acontece com a cédula rural pignoratícia (Lei nº 492, de 20 de agosto de 1937, arg. ao art. 21, II, que só reconhece quatro casos de extinção do penhor rural pignoratício) *e* com a cédula hipotecária. Se já existem, são mais encontráveis os casos de permissão que assim excetuam a regra romana *Nulli res* sua *seruit* (L. 26, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2). A hipoteca não pode ser criada pelo proprietário para si, ainda quando se trate de garantir dívida de outrem a ele; mas antes do cancelamento não se extingue e pode ser alienado o prédio, mantida a hipoteca. Mais: a renda constituída sobre imóvel pode ser a favor do proprietário do imóvel; e, deixada, inalienável, a alguém, que venha a adquirir o prédio, não se extingue, nem se extingue se, alienável, ao adquirir o prédio, o titular deixa de cancelá-la. A alienação do prédio tampouco a atinge. O direito de penhor não pode pertencer ao dono da coisa. Quando se diz que o direito real não pode ser constituído sobre o imóvel, a favor do proprietário, também se há de entender que não basta a procuração a alguém, irrevogável, para alienar, ou a procuração em causa própria; o procurador é que, ao alienar, pode ser incumbido de deduzir o direito real, em escritura *pelo menos* simultânea à da alienação.

3.

Mesmeidade de titular e registro imobiliário. Cumpre advertir-se em que, em matéria de direito do registro imobiliário, a união dos dois titulares (da propriedade e do direito real) na mesma pessoa não implica, *ipso iure,* a extinção desse. A regra é que o direito sobre o imóvel não se extingue pelo fato de ter o proprietário do imóvel adquirido o direito real, ou de ter o titular desse adquirido a propriedade do imóvel. E o que ocorre com o usufruto, com o uso, com a habitação, com a hipoteca e com a anticrese. Só se pode pensar em extinção em virtude do registro. Em alguns sistemas jurídicos, inclusive o direito comum, dava-se a extinção pelo fato da *consolidação* (se usufrutuário adquiria propriedade, L.17, D., *quibus modis ususfructus vel usus ammittitur, 7,* 4; L. 35, D., *de* bonis *libertorum,* 38, 2) e pelo fato da união na mesma pessoa do titular do domínio e do titular do direito real que aquele adquire (a *confusão* só se refere, propriamente, à servidão, L. 1, D., *quemadmodum seruitutes amittuntur,* 8, 6; cf. Código Civil, art. 710, 1). Disse o art. 850 do Código Civil: "A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiro depois de averbada no respectivo registro." No art. 860, parágrafo único: "Enquanto se não transcrever o titulo de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos." Dessas duas regras jurídicas, a primeira das quais incorreta na forma, tira-se o princípio de que a união de titulares na mesma pessoa só produz efeitos *reais* a partir do registro. O Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, art. 103, com força de lei, já havia estatuído: "O registro, enquanto não se cancelar, produz todos os seus efeitos legais, ainda quando por outra maneira se prove que o contrato está desfeito, extinto, anulado ou rescindido." Não se abriu exceção; apenas se disse, quanto às nulidades "de pleno direito e não dependentes de ação" (parágrafo único), pois essas são nulidades do registro, que atuam *antes do cancelamento.* O Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928, separou as duas regras, para que se não pensasse que a regra do parágrafo único continha exceção à regra do ml. 103 do Decreto nº 370, pôs a primeira no seu art. 276 (Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 293; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 252) e a segunda no art. 220 (relativo ao processo do registro): "As nulidades de pleno direito *do registro,* uma vez provadas, invalidam-no, independente de ação direta" (sob o direito anterior, Decreto nº 4.857, art. 229; hoje, Lei nº 6.015, art. 214). Para que se dê a extinção do direito real, é preciso que haja o título (acordo, sentença sobre prescrição etc.) *e* o *cancelamento.* O registro da aquisição dc, bem imóvel pelo titular do direito real somente tem eficácia extintiva quando, podendo ser ressalvada a

permanência do direito real, não no foi; e a aquisição do direito real pelo dono do bem imóvel somente tem eficácia extintiva quando se faz o cancelamento. Antes disso, nao. Se pode permanecer, a ressalva disso é que se há de inserir.

Sempre que o direito real pode permanecer e se ressalva, no registro, a permanência, o direito real pode ser sobre a coisa própria. A respeito de bens móveis, é de excluir-se, de regra; posto que possa haver arresto ou penhora de direito de penhor, por parte do devedor, çredor por outra dívida. Aí, o arresto ou penhora é do direito de penhor, e não da coisa própria, o que seria inadmissível (cf. E Stein, *Grundfragen der Zwangsuollstreckung,* 52; W. A. Muiler, *Die Wirksamkeit des Pfàndungsplandrechts,* 111). A dedução pelo dono, para si, é, em princípio, inadmissível; nem ele poderia criar garantia a si mesmo, por hipoteca, ou anticrese, a respeito de crédito contra alguém, ainda que tivesse interesse nisso. Quanto às servidões, o problema é diferente. Na se podem privar os proprietários de construir ou modificar prédios de modo que a servidão de um sobre outro, que

também lhe pertence, se estabeleça. O *Nuíli res sua seriM,* que tantas exceções sofre, é sem força para destruir o que se induz das realidades da vida, no próprio campo das servidões prediais. O direito romano, na L. 26, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2, que é fragmento de Paulo, e na L. 5, D., *si usus fructus vel ad alium pertinere negetur,* 7, 6, que é *de* Ulpiano, pôs a regra da inadmissibilidade, porque, tendo todos os direitos, não teria separadamente um deles (L. 63, D., *de usu fructo,* 7, 1). Ainda nos nossos dias, mesmo na Alemanha (Strecker, em G. Planck, *Kommentar,* III, 4º ed., 565; antes, E. Huber, *Die EigentOnierdienstbarkeit,* 9 s.; Junker, *Die Eigentúmerdienstbarkeit,* 164 s.). Contra essa velha tese, insurgiram-se F. Regeisberger (Gesetz und Rechtsanwendung, *Jherings JahrbOcher,* 58, 159 s.), H. Dernburg *(Das Búirgerliche Recht,* III, §

170, nota 4), J. Kohler *(Enzyklopádie,* II, 7º ed., 60), e Otto Cohen (Bestellung von Grunddienstbarkeiten, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* VI, 23). O direito suíço foi o primeiro que pôs claro poder o proprietário do prédio constituir servidão a favor de outro prédio, também seu 733; cf. P. Tuor, *Das neue* Recht, 428 s.).

4.

Mesmeidade de titular e inalienabilidade de um dos direitos. Quando o direito real pertence a alguém, que dele não pode dispor, objetivamente *(e .g.,* legado ou herança gravada com cláusula de inalienabilidade), a aquisição do bem imóvel pelo titular do direito real não tem a conseqüência da extinção desse. O direito real continua inalienável; a propriedade é adquirida sem a cláusula, — pode, pois, ser alienada. Se, em vez disso, a propriedade, deduzido o usufruto, é que é inalienável, a aquisição do direito real, operando a completação da propriedade, somente pode deixar alienável o direito real, se foi ressalvada (podendo-se), conforme as regras legais, ao adquirir-se, a sua permanência.

A construção jurídica é fácil: não há impossibilidade lógica em se admitir direito real de N" sobre prédio pertencente a porque N1 o tem, por ser real, contra todos (N), e N1 pode transmitir a Nº ou outro N, sem qualquer atuação na estrutura e essência do direito *(aliter,* em se tratando de direito *pessoal* de A contra O

direito absoluto pode ser criado pelo que, *no momento,* o tem (lus in *sua re),* tanto quanto poderia alienar a propriedade toda ou constituir a servidão a favor de outrem (jus in *re aliena);* as dificuldades, que surgiriam a propósito de direitos pessoais, não surgem a propósito das servidões, e ainda a propósito do usufruto, do uso e da habitação são menores do que as relativas aos direitos pessoais; o direito registrário por si só abre o caminho à concepção dos direitos reais sobre a própria coisa, mediante o registro àvista do negócio jurídico unilateral de constituição (H. Leemann, no *Kommentar* de M. Gmúr, IV, *II,* 421); basta o consentimento escrito para o registro, apresentado com o pedido-exigência (Lei nº 6.015, arts. 193 e 194). Durante a união de titularidade, a eficácia é só formal: o proprietário, pois que o é dos dois ou mais prédios, exerce os seus direitos de proprietário, e não os de titular do direito de servidão (H. Leemann, *Kommentar,* IV, *II,* 421: "Der Eigenttimer tibt for sich sem Eigentum und nicht eine Dienstbarkeit aus); mas se o proprietário aluga o prédio B, serviente, ou o prédio A, dominante, logo ressalta a discriminação latente, com eficácia material. A qualquer tempo, pode o proprietário pedir o cancelamento da servidão, com o que ferirá, np plano do direito das obrigações, os interesses do locatário do prédio dominante, com as conseqüêndias de culpa contratual.

5.

Interpretação dos arts. 695 e 710, 1, do Código Civil. No direito brasileiro, o art. 695, *verbis* "em favor de outro" (prédio), pertencente a diverso dono, pode servir de argumento à tese da inadmissibilidade da constituição da servidão pelo dono dos dois prédios. Outro, o derivado do art. 710,1, em que se diz extinguirem-se as servidões pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa. O art. 695 não é mais do que definição, que se ressente de concepção ultrapassada pelo direito das coisas após o direito do registro de imóveis. A discussão travou-se em sistemas juridicos que tinham essa sobrevivência do conceito. O inc. 710, 1, não pode ser entendido como *ius cogens;* pois Juliano, muitos decênios antes, há ensinava que se havia de atender às circunstâncias (L. 31, D., *de seruitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3):

"Havia três prédios juntos, continuando um ao outro, de três donos: o dono do prédio havia adquirido do fundo mais alto *(ex summo fundo)* a servidão de água para o fundo mais baixo *(imo fundo),* e com o consentimento do dono conduzia a seu campo a água, pelo fundo intermédio *(per medium fundo):* depois, comprou ele o fundo mais alto: vendeu, mais tarde *(deinde),* o fundo mais baixo. Pergunta-se por acaso perdera o fundo inferior o direito à água *(ius aquae),* porque, tendo-se feito do mesmo dono os dois prédios, não haviam podido prestar-se servidão? Negou (-se) que houvesse perdido a servidão, pois o prédio, pelo qual se conduzia a água, havia sido de outrem, e assim como ao fundo superior não se lhe havia podido impor servidão, de modo a chegar a água ao fundo mais baixo, salvo sendo também conduzida pelo fundo intermédio, assim também não se poderia perder a mesma servidão do próprio fundo senão deixando de conduzir-se a água pelo fundo intermédio, ou havendo-se feito de um só dono, simultaneamente, os três prédios." A realidade já estava, antes de Juliano, a impor-se; mas, devido à falta do direito registrário, persistia ele, como o seu comentado, o sabiniano Minício, no *Nuili res sua servit.* Daí em diante, portanto através de mais de dezoito séculos, tiveram os juristas de ir admitindo exceções àregra *Res sua nemini seruit* (aquisição só de parte, resolutividade do domínio, pacto de retrovenda, dissolução

da sociedade conjugal). Adotado o direito do registro imobiliário, as razões para se admitir a servidão na coisa própria fortaleceram-se e não mais se precisa recorrer à concepção filosófica da *revivescéncia.* As definições de servidão, com a referência ao jus *in* ***re*** *aliena,*

concorreram para que se teimasse em pré-excluir a constituição da servidão no prédio próprio. Raramente aparecia quem, como Pecchio, definisse servidão: “ius praedio inhaerens utilitatem dominantis augens et servientis minuens”; quer dizer: sem qualquer alusão ao proprietário.

Aliás, aquelas realidades, de que falamos, assaz se impõem quando o dono do prédio serviente herda, com a cláusula de inalienabilidade, o prédio dominante, ou se as leis de direito público não permitem que o prédio dominante possa, sem infração da lei, prescindir da servidão.

6.

Impossibilidade de exercício, *e não do direito real.* Não **é** só logicamente possível o direito real sobre a coisa alheia. Exatamente, em certas espécies, é imposto pela vida (sem razão, Erich Jung, *Das Problem des natt2rlichen Rechts,* 175). Nem é prescindível, praticamente (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 81): as espécies, na prática, têm de ser atendidas, e são elas dezenas, após a de que se valeu Juliano, talvez apenas para abrir brecha ao princípio *Res sua nem me seruit.* O direito sobre a própria coisa não pode ser tido, portanto, como elemento do direito constituinte, lançando-se mão, ou não, da noção da revivescência; o que é acidental é a união subjetiva, e não a desaparição e a aparição. O grande mal foi exagerar-se o papel do sujeito, aliás não só no direito das coisas (cf. arts. 1.049-1.052). O bem imóvel por vezes paga impostos e taxas, acrescidos pela servidão, ou devidos a ela, sem que se inquira qual o seu dono *agora.* O conteúdo do direito real sobre a coisa própria é o mesmo do direito real sobre a coisa alheia. E certo que, sendo o mesmo o dono do prédio *e* o credor hipotecário, não pode ele exercer a pretensão aos juros e a pretensão à tutela jurídica executiva: seria “tomo e devolvo”, na mesma pessoa; e alegação de falta, contra si mesmo. Todavia, pode defender o seu direito real e o grau em que ele se acha, nos concursos de credores, ou nas execuções hipotecárias, ou ordinárias. Quando o herdeiro da propriedade alienável e do usufruto, do uso ou do direito de habitação, inalienável, embarga como terceiro, é a esse direito real sobre a coisa própria que defende. Quando a propriedade ou o direito real vai a outra pessoa, não se dá *revivescência* do direito: apenas cessa a impossibilidade de exercício daquelas pretensões, por ter desaparecido a união subjetiva.

7.

Se há sucessão na aquisição do direito tobre a coisa própria. Se o dono do bem imóvel adquire o direito real que recai no seu bem sucede ao titular daquele direito, mas sucede ou *a)* restituindo-se, completando o seu direito de propriedade, ou *b)* como qualquer terceiro, que adquire, se, na espécie, é possível o direito sobre a própria coisa. D2ve-se a E. 1. Bekker *(System,* § 34, *in fine;* cf. K. Hellwig, *Wesen und subjektiue Begrenzung der Rechtskraft,* 259 s., com outra concepção) a expressão "sucessão restitutiva", porém não exigia *ele,* para isso, que se desse a extinção do direito real. Se chamamos sucessão restitutiva à do proprietário quanto ao direito real alheio sobre a coisa, extinguindo-se, temos *a).* Se a extinção não se dá, trata-se de *b),* que é subespécie de *sucessão translativa.* Hans Lessing *(B2griff der Rechtsna chio Ige,* 26) entendia ser construção forçada o pensar-se em sucessão restitutiva: se o direito se extingue, não há sucessão. Pode argumentar-se que há, aí, em todo o caso, falta de atenção ao elemento da propriedade que passou, embora indistinto, ao dono, antes privado dele; e não seria sem importância o suceder; *e.g.,* responsabilidade pela taxa de servidão de água.

Extinguindo-se o direito real, diz-se, há o suporte fático, porém não o efeito da sucessão; mais: ai, não produzem transferência fatos que, noutras circunstâncias, a produziriam. Essas afirmações de A. von Tuhr *(Der Aligemeine TeU,* II, 82) excluem: a primeira, o que fica entre o suporte fático e a eficácia, exatamente o fato jurídico da saída de um sujeito de direito e a aparição de outro sujeito, que recebe as mesmas faculdades e poderes; a segunda, aquela justaposição temporal de sujeitos, que se contrapõe ã sucessão anterior, constitutiva.

Não se pode ver sucessão na expansão, que se opera em virtude do princípio de elasticidade: o espaço deixado pelo direito real, que se extinguiu, é ocupado pelo direito de propriedade, sem transmissão. Donde só se poder admitir a expressão sucessão restitutiva, no sentido estrito, que é o de espécie de sucessão transíativa: ou o proprietário adquire o direito real, e esse, por essa razão, se extingue; ou o titular do direito real adquire a propriedade, e o direito real se extingue (sucessão restitutiva).

8.

Princípio da elasticidade da propriedade e princípio da soma forçada. A extinção do direito derivado deixa íntegro o direito de que ele se

tirara. Se há outro direito derivado, entre ele e o direito constituinte, formando grau, ao voltar ao todo, de que saira, nenhum beneficio se produz a favor do outro direito. Não assim quando é a presença dele que faz de grau mais distante o outro direito, ou os outros direitos: mudam de grau, aproximando-se do direito constituinte. A segunda hipoteca, por exemplo, passa a ser primeira, pela extinção daquela que se achava em primeiro lugar. Todos eles, deixando de ser, permitem que o seu conteúdo se

reintegre no conteúdo do direito-mãe. Em verdade, porém, se a causa foi a união subjetiva, há inserção do titular do direito constituinte na relação jurídica do direito derivado; apenas é essa inserção que produz, *imediatamente ao registro,* a extinção do direito derivado. A situação é inconfundível com a que se cria com qualquer das outras causas de extinção: a morte do titular do direito derivado, quando produz a extinção não tem qualquer instante em que *se possa pensar* em sucessão; dá-se o mesmo quando a causa é o decurso do tempo, ou a renúncia, ou outra causa. Beneficio somente há quando a causa da extinção não é a união subjetiva: essa, por ser oriunda de transmissão, opera o seu efeito; não beneficia. O *princípio da elasticidade da propriedade,* ou *princípio da com pletação,* nada tem com o fato da união subjetiva, extintiva do direito real.

Nada de expansão ocorre, nem de completação, por força própria, objetiva. Não há, pela extinção de *a,* que foi o direito derivado, a ocupação do espaço vazio por A— *a,* direito de propriedade, voltando a ser A; há, tão-só, a soma de A—a e *a,* com o total A. A diferença operacional ressalta. Ali, desaparece a causa da diminuição de *a;* aqui, o que se diminuiu é adquirido pelo titular de A—a, donde A—a + a A. Não há expansão, mas adição. A

"consolidação", a que se refere o art. 739, V (arts. 745 e 748), não é em virtude do principio da elasticidade ou completação, e sim do *princípio da soma forçada,* segundo o qual a união extingue o direito (= princípio da união subjetiva extintiva). Princípio da elasticidade só se observa nas demais espécies do art. 739, 1 (morte do usufrutuário), II (termo da duração), III (cessação da causa de que se origina), VI (decurso de tempo), VII (culpa do usufrutuário). Cf. arts. 739, V, e 1.738. A consolidação supõe: aquisição, causa; extinção, efeito; ao passo que, no princípio da elasticidade, a extinção é que é causa, e efeito a expansão.

§ 571. Direitos de família

1.

Laços familiais. Parte dos sistemas jurídicos é composta de regras jurídicas que se fundam em relações sociais permanentes de ordem sexual, ou parassexual. São as relações de união entre homem e mulher, pai ou mãe e filhos, ou de parentesco. E de ver-se que os negócios juridicos pouco teriam de fazer em terreno em que a vontade entra por pouco, ou só atua para estabelecer permanências. Nos tempos mais remotos, os direitos de família e os direitos reais mesclavam-se, e a escravidão era bem o campo intercalar. Ainda hoje, alguns juristas e sistemas jurídicos resistem a que se pense em direitos *e* deveres dos filhos e dos pais: preferem expressões mais enérgicas, como *poder* e *sujeição.* Outros falam em "poder marital". Porém, nos nossos dias, o próprio pátrio poder esvaziou-se da velha *patria potes tas,* e "poder marital" já é conceito que de nenhum modo corresponde às relações entre marido e mulher. De regra, a infração dos direitos de família não dá ensejo à repóração do dano *(aliter,* art. 260,II e III). Cumpre observar-se que das relações jurídicas familiais podem irradiar direitos reais e direitos de obrigação, tais como o usufruto paterno e as pretensões e obrigações alimentares.

2.

Laços protetivos. Outra parte do direito de família concerne àtutela e à curatela, — é terreno que se parece com o do pátrio poder, sem com ele se confundir.

§ 572. Direitos sobre direitos

1.

Conceito de direitos sobre direitos. O usufruto pode recair em patrimônio, ou parte de iiatrimônio.

Discute-se se pode recair em crédito, singularmente (usufruto de direitos). Tem-se de pôr de parte a resposta no plano do direito de família, porque é óbvio que os créditos podem ser usufruidos pelos cônjuges e pelo titular do pátrio poder. Resta saber-se se o art. 714, que permite usufruto em bens, móveis ou imóveis, patrimônio ou parte de patrimônio, inclui o usufruto de créditos. O art. 714 fala de "bens, móveis ou imóveis" e no art. 48

definiu-se bem móvel, para os efeitos legais, incluindo-se os direitos de obrigação e as respectivas ações (art.

48, II), e os direitos de autor (art. 48, III). A resposta é, pois, no sentido de poder o usufruto ter por objeto crédito.

2.

Caução de títulos de crédito. Nos arts. 789-795, regulou o Código Civil a caução de titulos de crédito. Ou o credor caucionante pode, solidariamente, exigir o crédito, ou só o pode o credor caucionado. No último caso,

o devedor, que paga ao credor caucionante, responde ao caucionado, solidariamente, por perdas e danos.

3.

Medidas constritivas e ineficacização. Se há penhora, arresto ou outra medida constritiva *(e.g.,* Código de Processo Civil, arts. 655, X, e 67 1-676), não se estabelece direito real; apenas a medida constritiva tira a *eficácia* das cessões de crédito e dos pagamentos ao que sofre penhora, ou outra medida constritiva, e permite a finalidade ulterior da medida. O Estado exerce a sua função de *tutela de segurança* ou a de *tutela de execução.*

§ 573. Direitos absolutos e direitos relativos 1. *Conceituação e precisões.* O direito pode dirigir-se contra determinada pessoa (direitos a sujeitos passivos singulares) ou contra a todas as pessoas (direitos a sujeitos passivos totais). Os direitos de crédito *e* os direitos pessoais recíprocos dos cônjuges entram na primeira classe; os direitos de personalidade e os direitos reais, inclusive o domínio, na segunda.

Essa é a classe dos *direitos absolutos;* aquela, a dos *direitos relativos.* Não há entre o marido e a mulher, no direito de hoje, direito absoluto; portanto, não há a ação ou interdito *de uxore exhibenda* (sem razão, K. Hellwig, *Anspruch iind Klagrecht,* 38). Por isso mesmo, contra o terceiro, que pratica adultério, o cônjuge ofendido não tem pretensão, nem ação, nem exceção. Tampouco, se, sem autorização ou permissão, o outro cônjuge se empregou. Por onde se vê quão importante éa distinção entre o direito absoluto e o direito relativo. Na discussão entre consistir o direito absoluto em faculdade de senhorio (generalização do que se observou na propriedade) e consistir em proibição de turbação por parte de qualquer pessoa, não se há de dar a palma a qualquer dos contendores: há um e outro elemento. Nem valeria a pena repisar argumentos contra os que repelem a distinção dos direitos em absolutos e relativos, porque, dizem (por exemplo, H. Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, *Archiu fúr Búrgerliches Recht,* V, 15), também nesses as regras jurídicas se dirigem a todos, de modo que o crédito existe entre o devedor e o credor e perante todos. Ora, a confusão entre eficácia da regra jurídica e eficácia dos fatos jurídicos ressalta: certamente, a regra jurídica incide, perante todos; o fato jurídico, esse, irradia a sua eficácia entre alguém e outrem, singularmente (só aquele é credor, só esse é devedor), ou entre alguém e todos (A é proprietário, todos são sujeitos passivos do direito de A). O direito oriundo da posse também é direito absoluto; e isso muito concorreu para a opinião dos que *a* reputavam, em si, direito real. Aliás, passou-se o mesmo a respeito de outros direitos: onde se descobria a absolutidade via-se realidade, sem se advertir em que aquele conceito é mais largo. O conceito de exclusividade também é menor do que o de absolutidade, razão por que foi erro chamar-se *direito de exclusão* ao direito absoluto (R. Stammler, *Das Recht der Schuldverbdltnisse, 9;* P. Eltzbacher, *Die Handlungsjàhigkeit,* 263 s.): há direitos reais não-exclusivos, como as servidões com outros prédios, ou com o próprio prédio serviente, *e* os direitos de edição conferidos a dois ou mais editores.

2.

Dever de abstenção. Nos direitos absolutos há tal configuração que o titular deles tem certo espaço jurídico, integrado na sua esfera jurídica, e todos têm, a respeito dele, o *dever de abstenção,* pelo menos. Os direitos relativos podem consistir em que alguém, pessoa determinada, faça, ou se abstenha. Se se ofende àqueles, há a pretensão e a ação para que a situação se restabeleça, ainda contra o terceiro que a negue, porque não a conhecia, ou não a conhece; ao

passo que, se se nega a relação jurídica relativa entre A e B, sem que haja interesse de A em que C a reconheça, A não tem pretensão ou ação contra C. A pretensão e a ação para adimplemento, condenatória, ou executiva, essa somente pode ser proposta por A contra B. Se A tem usufruto em bem pertencente a B, tanto B quanto C pode violar o direito de A, que é absoluto, e ter de reparar o dano. Se o direito é de crédito, só B pode violá-lo. Se C se diz mandatário de A, sem no ser, ou se C rompe os documentos de A, o seu dever de reparação é por violação de direitos absolutos, e não por violação do direito relativo. O poder ser violado, como tal, por todos caracteriza o direito absoluto. Por isso mesmo, se há alguém, por trás de quem violou, *e.g.,* o credor de B, se B violou o direito absoluto, tirando a A a coisa, esbarra, nas medidas constritivas da coisa, com o direito, as pretensões e ações de A, que pode pedir a coisa ou vir com os seus embargos de terceiro. B, credor de A, não pode ir contra C, que é devedor de A.

3.

Eficácia do registro contra terceiros e direitos absolutos. A *averba ção,* em vez do *registro,* que engloba a *inscrição* e a *transcrição* a que as leis civis se referem, estabelece direito absoluto (não, porém, real), que torna os direitos de crédito *eficazes* quanto a terceiros. Se houve a averbação, os que adquirem direitos sobre os bens só os adquirem sem eficácia quanto aos créditos averbados. Importa dizer-se que o direito, a pretensão e as ações ou exceções do titular do direito averbado ficam incólumes à eficácia das aquisições posteriores.

Portanto, incólumes às medidas constritivas e áfalência ou insolvência do devedor. Trata-se de efeito *erga omnes;* não, porém, real. Conceber esse direito como direito real é forçar a caracterização: ou há direito

tendente à aquisição da propriedade, como se dá com a averbação dos terrenos loteados, ou àmodificação jurídica, ou à extinção jurídica. Mas, se atentamos em que o titular do direito averbado apenas pode exigir o cumprimento e fazer prevalecer, frente a qualquer pessoa, o seu crédito, ressalta o caráter pessoal, posto que absoluto o direito. O direito averbado precisa ser exercido, para chegar ao seu fim, ao passo que os direitos reais são fins em si. Os terceiros não são devedores, nem credor de qualquer deles o titular do direito averbado; devedor e obrigado é quem se fez tal na relação jurídica, de que se irradiou o

crédito averbado. Seria forte demais pensar-se em *actio* in *rem scripta;* o que se passa, no tocante aos terceiros, éapenas a ineficácia das suas aquisições incompossíveis com o direito averbado. A confusão, que levou juristas e até legisladores ater como direito real o direito averbado, foi devida a não terem idéias claras quanto às duas classes de direitos, não co -

extensivas, a dos direitos absolutos e a dos direitos reais: nem todos os direitos absolutos são reais, posto que todos os direitos reais sejam absolutos. Não há pretensão de adimplemento do titular do direito averbado contra o terceiro, nem tem esse dever ou obrigação de se abster. A sua situação é de terceiro, cuja aquisição não pode ter eficácia contra o direito averbado: a pretensão e a ação contra ele são *declaratarias, negativas de eficácia,* razão por que se articula, de regra, em embargos de terceiro. *Se* alguma reparação resulta da retirada da posse, é outra questão; a posse também gera direito absoluto.

4.

Direitos reais são sempre direitos absolutos. Os direitos reais, não só o domínio, são direitos absolutos.

Todos são direitos a sujeitos passivos totais. Não há gradação de intensidade entre o domínio e eles. O

proprietário da coisa, seus sucessores a título singular, ou universal, credores na execução forçada, ou na falência, ou no concurso por insolvência, estão na mesma situação que quaisquer outras pessoas. Nenhum deles é mais devedor, ou obrigado, do que os outros, nem o titular do direito real pode exigir de qualquer deles mais do que *abstenção,* inclusive em se tratando de direitos reais de garantia: o levar à via executiva o bem não vai contra o devedor do crédito garantido, vai contra quem quer que seja; é faculdade que se exerce *erga omnes,* dentro da eficácia do direito real de garantia e só respeitada a eficácia de outros direitos reais, ou que tenham de ser resguardados. O dono da coisa, seja o devedor ou não no seja, não tem dever e obrigação de fazer, como dono da coisa; tem de se abster de óbices à execução, como têm de abster-se de tais óbices quaisquer pessoas.

Por isso, se A não paga, pode ser executada a hipoteca do prédio de B, que garantiu o crédito. Não se pode raciocinar como se B tivesse o dever ou a obrigação de pagar: B não é devedor; B é dono de coisa, de cujo direito se deduziu direito real a favor de C, pela divida de A.

A renda imobiliária também é direito real e, pois, absoluto. A discussão, a propósito, foi longa, mas terminou por se evidenciar a absolutidade do direito, — se não se cumpre a prestação, a satisfação é *erga omnes,* não contra algum primitivo instituidor do direito real. Se é ao proprietário do prédio que incumbe pagar, essa atribuição é *no seu interesse,* e não no do titular do direito real, que, não satisfeito o ônus real, vai pelos meios de constrição e de execução, sem lhe importar a pessoa do titular do direito de domínio.

5.

Domínio, direito absoluto. Para alguns juristas, o fato de adquirir alguém, pelo registro, o direito de propriedade, prova que não há a absolutidade do direito. A reivindicação esbarra diante da aquisição pelo registro. Entenderam que, devido a isso, a propriedade, hoje em dia, não é absoluta como era no direito romano.

Sem razão. Trata-se de limite temporal do direito: se outrem adquiriu o direito, o titular anterior perdeu-o. Tal o que ocorre no direito alemão (5. Schiossmann, Uber den Begriff des Eigentums, *JI-ierings Jahrbúcher,* 45, 352) e no direito brasileiro. Também é argumento sem préstimo o de que a absolutidade tem contra si o não poder o proprietário ir, eficazmente, contra o possuidor com direito àpdsse: ou há outro direito absoluto, que *limita* o de propriedade; ou o proprietário tem o dever e obrigação pessoal de não usar da coisa durante certo tempo, o que *restringe* o exercício do direito de propriedade. Em tudo isso ressalta a confusão de certos juristas respeito a três conceitos distintíssimos, — o de absolutidade, o de ilimitação e o de irrestrição. O direito oriundo da posse também é direito absoluto, mas é do seu conceito que a propriedade, se lhe é oposta pelas vias legais, o *desfaz:* o possuidor tem de ceder ao proprietário, se esse sobrepóe, pelos meios legais, o seu direito àposse. Aliás, a discussão entre possuidores de ontem *e* de hoje não torna relativo o direito de posse: uma das posses há de triunfar, diante da lei de tutela possessória.

6.

Direitos relativos e devedor. Quanto aos direitos relativos, há sempre pessoa determinada, que é o devedor, o obrigado, o sujeito passivo da ação, ou da exceção. Na linha que vai do credor ao devedor não se

encontra terceiro, nem ela, tampouco, se esgalha *erga omnes.* Pode-se pôr ao vivo esse fato, dizendo-se que: *a)*

se terceiro prende o devedor e, por isso, esse não pode adimplir a obrigação, o credor nada pode contra o terceiro, — só o devedor teria direito, pretensão e ação para haver a abstenção e a reparação; *b)* se terceiro

destrói, ou danifica a coisa, de modo que o devedor não pode prestá-la, nenhuma relação jurídica se estabelece entre o credor e o terceiro (A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* 210); *c)* se terceiro mata a E, devedor, que nada deixa para se cumprir o que ele devia, o terceiro não responde ao credor A, e o direito dos credores a aceitarem a herança (art. 1.586) se funda noutros princípios. Naturalmente, há direito de reparação do dano ao credor pelo terceiro, se o terceiro, por ato ou omissão sua (só linha dever de agir), causou a perda do direito ou da prova, mas, aí, o direito lesado é absoluto. Também não poderia o terceiro *meter-se* na relação jurídica de crédito, e ceder, ou cobrar, ou praticar atos que só o credor poderia praticar; e tais atos não cederiam o crédito, nem cobrariam a dívida com eficácia de adimplemento: o credor não seria atingido. O dano, que causasse ao devedor, obrigaria à reparação pelo ato ilícito, sem qualquer ação de enriquecimento injustificado por parte do credor contra esse terceiro. Quanto aos títulos ao portador e outros títulos (de legitimação), há o direito absoluto ao titulo: o que furta, rouba, ou acha título de outrem, e dele se apossa e o cobra, lesa o direito absoluto do proprietário deles; bem assim o que os destrói, ou lhes causa dano, que tenha de ser reparado por emissão de outros títulos. Bastaria essa particularidade para se não admitir que tais títulos sejam simples créditos. O fato da *apresentação* éo que mais importa para o direito relativo, se bem que da cártula conste o nome do que “deve”.

É preciso abstrair-se disso, e verse, à parte, a série dos possuidores.

Porque os direitos de crédito são direitos relativos, nada obsta a que A e C pretendam que são credores de B

pela mesma quantia, ou pelo mesmo ato, ou pela mesma coisa. Para que as pretensões colidam e só se possa admitir o crédito de A, ou o crédito de C, é preciso que o fato jurídico de que se originou o crédito seja um só e um só o crédito oriundo dele (e.g., B comprou a um dos

dois, A ou C; B devia a A, e C pretende que A lhe cedeu o crédito). A decisão, a favor de A, não basta para a coisa julgada material contra C, ou vice-versa; é preciso que se haja julgado ser só um o crédito e pertencer a um dos pretendentes, e não aos dois. Aliás, basta a alegação de unicidade, ou a negação da relação jurídica entre B e a outra pessoa, para que o que se diz titular do direito de crédito se legitime à ação declaratória negativa.

Os privilégios e preferências *ex iure crediti,* se não resultam da absolutidade deles, de modo nenhum atenuam a relatividade dos direitos de crédito: estado concursal põe defronte dos credores, todos, o patrimônio do devedor; os direitos absolutos conservam a sua natureza, e de maneira nenhuma se lhes aumenta ou diminui eficácia; os direitos relativos passam a ser tratados segundo certas regras jurídicas, para que não se satisfaçam alguns cré-

ditos em detrimento dos outros, ou não se deixe de atender a certas diferenças entre os direitos relativos, no tocante à satisfação dos créditos. Pela mesma razão, reconhece-se ao credor o direito de impugnar créditos falsos, ou que devam ser excluídos por motivo de nulidade, ou anulabilidade por fraude ou simulação (ou, na falência, revogabilidade) ou extemporaneidade da sua criação.

7.

Devedores determinados por certos fatos. Alguns créditos têm por sujeito passivo pessoa que só se determina pela propriedade, pela posse ou pela aquisição sob certas circunstâncias *(e* .g., terceiro a quem o enriquecido injustificadamente transferisse gratuita-mente o objeto do enriquecimento). Tais direitos não são absolutos, tais créditos não têm por devedores todas as pessoas; o devedor de cada um deles é *determinado* pelo fato, — o que faz relativo o direito. Não há, aí, direitos a sujeitos passivos totais; há direitos, em que o sujeito passivo é pessoa determinada por circunstância, ou por circunstâncias. Dai não serem pretensões e ações, oriundas de direitos absolutos, as *actiones in rem scriptae:* são pretensões e ações oriundas de direitos relativos.

A pretensão e a ação do sublocatário, ou do subcomodatário, não são reais, nem, sequer, oriundas de direito absoluto; são pretensões e ações oriundas de direito relativo. O locador e o comodante têm ação pessoal para haver a coisa sublocada, ou sub-comodada; portanto, ainda que não sejam proprietários, ou que, por alguma posse anterior,

ou presente, se presumam donos (O. Planck, *Búrgerliches Gesetzbuch,* II, 309), sem se precisar, como fez K. Hellwig *(Die Vertrâge auf Leistung an Dritte,* 422 s.), *de* basear a ação na posse: a ação é pessoal.

No caso do art. 968, parágrafo único,)A parte *(verbis* "por título gratuito"), o que pleiteou pelo enriquecimento injustificado fica sujeito às regras jurídicas especiais do concurso de credores. Não se daria isso se o direito fosse absoluto. Tampouco é absoluto o direito do possuidor a haver o que inverteu na coisa alheia (arts. 516 e 517), — a pretensão e a ação dirigem-se contra quem for determinado pela propriedade: não se poderia tratar, no concurso, como direito real.

Casos há em que o credor tem, além do seu crédito, a posse. Se consideramos o direito oriundo da posse direito absoluto, claro é que se fortalece, com isso, a situação do titular do direito relativo. O devedor, determinada pessoa, deve, mas, estando a posse com o credor, pode esse defender-se contra o devedor; donde resulta que, em virtude da relação jurídica do direito relativo, há de adimplir o devedor aquilo que deve, e — por estar com o credor a posse — para deixar de adimplir, teria, *primeiro,* de turbar ou esbulhar a posse do credor. Tais direitos relativos apresentam a particularidade de serem servidos, quanto ao adimplemento, por direito absoluto,

que é o oriundo da posse. A posse permite ao credor satisfazer-se; o dever da prestação de fazer, ou de dar, transforma-se, praticamente, em dever de abstenção. O direito absoluto tem, então, papel de direito auxiliar da execução. A infração do dever e obrigação negocial teria de começar pela violação do direito absoluto. As conseqüências da posse a serviço da execução de direitos relativos não param aí. Se se trata de bens móveis, para a alienação dos quais seja preciso tradição, ou essa fica faltando, ou a supre a *cessio actionis* (art. 621) ou o constituto possessório (art. 520, V). No caso de *cessio action is,* ao adquirente pode o possuidor opor as suas exceções, fundadas na relação com o alienante; enquanto tem o seu direito de posse, está sem dever de entregar a coisa possuída ao adquirente; se há arresto, ou penhora, ou outra medida constritiva contra o devedor, ou contra o adquirente, tem o credor, com a posse, os seus embargos de terceiro possudor (Código de Processo Civil, arts. 1.046-1.054). O credor, que possui, não tem direito absoluto *quanto ao crédito;* tem-no *quanto* à *posse.* Não se argumente que somente pode pedir a posse ao devedor, e

não a quem que a tenha: não há ainda a posse pelo credor; portanto, tudo é direito relativo. Nem se argumente que ao sucessor do devedor só são oponiveis as exceções contra o devedor: tal limitação resulta da própria posse que tem, posse imediata fundada na que tinha o devedor. Nem se argumente que, se o credor perde a posse, só ao devedor pode pedi-la: o credor turbado ou desapossado pode exercer as ações que cabem no conceito da sua posse. Tirar-se de tais argumentos que a posse do credor, em tais espécies, não é direito absoluto, édesatender-se a que a posse, aí, serve ao direito relativo, sem se relativizar (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine TeU,* 1, 214). Se sobrevém falência, ou outro concurso de credores, o credor, com a posse, não tem de entregar a coisa à massa e exercer as suas pretensões e ações, salvo se tal posse não se justificaria como a serviço do adimplemento. No concurso, o locatário, com direito, ou não, aos frutos, não tem situação mais forte do que a do comodatário. Apenas o contrato gratuito sofre com a superveniência da falência, por força de *lex specia lis.* Nem se diga que o direito do locatário, que tem a posse para execução do contrato, está em situação que se assemelha, ou se aproxima, da situação do titular de direito absoluto. Mera ilusão de ótica: vêem-se numa só faixa, como se foram uma só relação juridica, duas relações jurídicas distintas, a do direito relativo e a do direito absoluto. Perder-se-ia muito, na sistemática do direito, em se tratarem as duas relações jurídicas como se fossem uma só, em se ter por verdade a ilusão de ótica. O direito de crédito tem de ser considerado, em todas as circunstâncias, como direito de crédito; e a posse, como posse. Nem se aventure que a posse se relativiza porque o que toma em locação ao não-proprietário não adquire a posse, por efeito da boa-fé (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine TeU,* 1, 215): a posse, que ele adquira, é conceptualmente limitada; perde-a, se outrem, com direito à posse, a obtém contra o locador e o locatário.

Quanto à sucessão a título singular, se não houve a cláusula de continuar a locação do imóvel (art. 1.197), apesar da alienação, a locação termina. Se a houve, a locação continua: o sucessor passa a ser o locador, exposto às mesmas pretensões e ações. A transferência é *vi legis;* o sucessor passa a ser o locador, *ipso iure:* conhecia a situação contratual, pelo registro do contrato de locação, com a cláusula. Dá-se o mesmo se sobrevém outra alienação. Mas tudo ocorre no plano do direito das obrigações, tanto que, se o locatário perde a posse, imediatamente antes da alienação, somente pode pedi-la ao adquirente, e se alguém alugou e alienou, mas a alienação foi ineficaz, por não ser proprietário o locador alienante, o proprietário não é locador (=

portanto, não é devedor, nem obrigado). Se sobrevém falência, é como direito de crédito que se trata o do locatário. Por ser possuidor, o locatário, ou outro credor, que tenha posse, pode defender a sua posse contra quem quer que a turbe, ou que a esbulhe, bem como pedir a reparação do dano: o direito oriundo da posse é direito absoluto.

Se o devedor deixa de solver a dívida, o credor pode ir sobre os seus bens, penhorando-os, sem atenção a outros credores, que haja. A prioridade é que importa. Salvo se se instala o concurso, porque, então, há mais de um credor, tornando efetiva a responsabilidade patrimonial. Os direitos reais, esses, são escapos, ou porque os bens, sobre que recaem, não sejam do devedor, ou porque só o sejam *fora* desses direitos reais. Bem assim, a posse.

Donde os embargos de terceiro, que se opõem nas constrições e na execução forçada, quer a favor dos titulares de direito real ("senhores") quer dos titulares de direito de posse ("possuidores").

Pode acontecer que algo tenha saído do patrimônio do devedor, e exista ação para ir buscar a coisa, ou o seu valor. Tal o que acontece, se houve fraude de credores, devendo o credor prejudicado intentar a ação de anulação, segundo o Código Civil, ou a revogatória, à romana, se essoutra é a solução do sistema jurídico, e tal se passa no direito falencial brasileiro. O credor propõe a ação contra o devedor e contra o adquirente em circunstâncias fraudulentas. O terceiro não é obrigado à prestação; éobrigado a ela somente o devedor. A pretensão e a ação anulatórias por fraude contra credores é que se dirigem contra os figurantes da fraude. Não se pode vislumbrar, em tal atingir do terceiro, elemento que aproxime dos direitos absolutos a pretensão e a ação por fraude (sem razão, P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 268). Seria confundirem-se o direito de crédito e o direito negativo, que também é relativo, vendo-os, englobadamente, como absolutos. Na falência, a

ação própria vai buscar para a massa a coisa fraudulentamente adquirida.

No direito brasileiro, a posse do credor ou o constituto possessório não pode impedir a alienação da coisa pelo devedor, — só a dificulta. Cede

ele, então, a ação *(cessio action is):* o possuidor mantém as exceções que se irradiam da relação com o alienante. Se há penhor, a alienação da coisa é sem atingir o direito real.

8.

Direitos formativos geradores. Os direitos formativos geradores seriam absolutos se se incluíssem na classe dos direitos formativos as faculdades de se apropriar da coisa adéspota, da *res nuilius.* Então, conceber-se-ia a apropriabilidade como resultante de situação de todos perante todos: a *res nuilius,* que, por definição, não tem dono, continuaria *res,* objeto de direito, que todos têm, o direito formativo gerador, dito direito de apropriação. A outra explicação da apropriabilidade, que é a certa, prescinde dessa relação jurídica pré-

apropriativa, que em verdade não existe: o fato da *ocupação* é que, entrando no mundo jurídico, se faz fato jurí-

dico, e de tal fato se irradiam os efeitos, o primeiro dos quais éa aquisição originária da propriedade. A aquisição originária da posse teria a mesma explicação. Se, porém, há direito da apropriação, a sujeitos passivos totais, então, sim, há direito formativo gerador e é absoluto; mas para haver tal direito é preciso que se irradie de algum fato jurídico (e.g., o Estado atribuiu a habitantes o direito de caça em terras públicas).

Os direitos formativos geradores são relativos se consistem em faculdade que se exerce perante determinada pessoa. Quando alguém diz que transfere a propriedade e a posse do imóvel vendido, no *acordo de transmissão* está a autorização para registro, que só tem eficácia enquanto o transferente tem o seu nome no registro, conforme registro anterior. Diga-se o mesmo a respeito das escrituras de outros direitos reais, que precisem de registro. Não importa se o transferente mesmo os transferiu a outrem. *A fortiori,* quanto aos direitos formativos geradores que são oriundos de negócios jurídicos obrigacionais: não podem ser exercidos contra o sucessor a título singular e, sobrevindo falência, não têm eficácia, se, na espécie e *in casu,* não lha deu a lei especial.

Também aqui pode acontecer o de que antes falamos: a posse, se a tem o titular do direito formativo gerador, põe-se ao lado do direito relativo, sem o absolutizar *e* sem se relativizar; tem ela eficácia frente ao sucessor a título singular; os frutos são adquiridos pela separação, o

que a *soma* “direito formativo gerador *e* posse permite.

9. *Direitos potestativos.* Os direitos potestativos são relativos: exercem-se contra determinada pessoa, inclusive, às vezes, contra si mesmo; mas resultam, sempre, de relação jurídica com determinada pessoa.

10. *Direitos expectativos.* Quanto aos direitos expectativos, são absolutos ou relativos conforme o seriam, ou hão de ser, os direitos que eles expectam. Se há direito expectativo a crédito, érelativo; se há direito expectativo a direito absoluto, absoluto é ele. Por isso, o fideicomissário pode reivindicar o objeto, pertencente à herança ou legado fideicomitido, ao se ter de receber a herança ou legado. O dano à coisa fideicomitida é dano a direito absoluto: o fideicomissário tem ação contra o ofensor, se o fiduciário não a exerce (sem razão, A.

von Tuhr, *Der Aligemeine Teil 1,* 217). Diferente é o caso da tradição que depende de condição, pois, então, o crédito é a favor do alienante, devedor e obrigado na relação jurídica pessoal. Durante o curso do tempo para usucapião, o direito, a pretensão e a ação de reparação somente competem àqueles que são donos (ou ao futuro usucapiente, mas apenas como possuidor).

§ 574. Direitos unitários

1. *Conceito.* Diz-se direito unitário *(einheitliches Recht)* o direito que se irradia de uma vez *e* permanentemente.

O conceito tem certo préstimo quando, do mesmo fato jurídico, emanam direitos, pretensões, ações e exceções singulares, inconfundíveis com o direito unitário e as pretensões, ações e exceções que a ele tocam. Na constituição de renda, por exemplo, o direito à renda, ainda que se não haja tornado direito real de renda, é unitário; à medida que se avança no tempo exsurgem os direitos, pretensões, ações e exceções singulares. O

direito pessoal à renda é, no sistema jurídico brasileiro, subordinado a prazo determinado; *aliter,* o direito real de renda, que incide sobre imóvel. Ambos nada sofrem com a prescrição. Prescrevem as

pretensões às prestações reitera-das, umas após outras. Na locação, também há direito unitário, mas o aluguel e o salário são contraprestações. Há entre os dois negócios jurídicos o elemento comum de não serem as rendas, os aluguéis e os salários prestações acessórias, como são os juros. Daí a distribuição do Código Civil, art. 178, § 10, 1

(pensões alimenticias), II (renda), III (direitos e pretensões acessórias), IV (aluguéis) e V (salários), este com regra jurídica revogada pela Constituição de 1988, art. **72,** XXIX, *a)* e *b).*

2.

Consequências. Se o direito é unitário, não há pensar-se em acessoriedade das pretensões a prestações reiteradas que dele provenham. Quando o direito unitário surge já se cumpriu o que se prometeu, o negócio jurídico é real. Daí, *a priori,* ser incólume a resolução ou resilição por mora na solução de alguma das prestações. *Se* o legislador entende que deve estabelecer a resolutividade, ou a resilibilidade, nada o impede de editar regra jurídica a respeito *(e.g.,* arts. 1.192,11,1.226, VI, 1.427; Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, arts. 59, 65 e 66).

§ 575. Direitos acessórios

1.

Conceito de direito acessá rio. O direito pode ser *acessório* de outro, que se diz *principal.* O termo

"acessório", que é impróprio e equívoco, em se tratando de relação entre coisas (coisas principais, coisas acessórias), aqui tem toda a propriedade técnica. A acessoriedade não é, porém, sempre, na mesma (toda) extensão do direito acessório, o que diminui a importância prática do conceito. À relação de acessoriedade é inconfundível com a de irradiação de eficácia; por isso, não se pode dizer que tal direito, ou

tais direitos são acessórios da relação jurídica tal (são *efeitos dela);* só é ou só são direitos acessórios de outros direitos. As vezes, o direito acessório *reforça;* outras vezes, *estende.* Por exemplo, respectivamente: a fiança, o penhor, a hipoteca; a propriedade sobre o documento da divida, que tem o credor dela, a pretensão aos juros legais ou negociais, as perdas e danos devidos por impossibilidade da prestação ou pela mcra, obrigações acessórias àreivindicação, o direito de inspeção da coisa. Discute-se se as pretensões à prestação de contas *e* a informes são acessórias; e a solução certa é a que o nega: se há a relação jurídica, ainda que não haja direito ou dYeitos irradiados dela, há aquela pretensão. Tampouco é acessório o direto a fazer inventário: há a pretensão a inventário negativo; irradia-se, portanto, do *fato jurídico* da sucessão a causa de morte.

Algumas vezes, o direito acessório tem valor que se identifica com o do direito principal (fiança e crédito afiançado, penhor e crédito garantido pignoraticiamente); outras vezes, é *plus* o seu valor Quros, custas, pena contratual, quando além do que é o débito). Há direitos acessórios a um só direito (fiança e penhor ao mesmo crédito; duas ou mais hipotecas em garantia do mesmo crédito; duas ou mais fianças ao mesmo crédito). Porém o direito não pode ser acessório a dois ou mais créditos principais, salvo no caso de dois ou mais créditos, cujo título é um só. Se foi feita uma só hipoteca para dois ou mais créditos da mesma pessoa contra o mesmo devedor, têm-se a todos os créditos como um só (universalidade objetiva de créditos); se não se pcde conceber aos créditos como todo, *e.g.,* se uns são sob condição e outros não, há tantas hipotecas quanto as classes irredutíveis de créditos. Não se concebe hipoteca única para pluralidade de créditos de diferentes pessoas credoras, solidárias ou não, nem para pluralidade de créditos contra diferentes devedores, solidários ou não: cada um pode ter as suas exceções. Nada obsta a que se constitua hipoteca para um só dos créditos contra diferentes co-devedores: solvida uma das dívidas, extingue-se a hipoteca.

2.

Direitos *que aludem* a *outros.* O direito pode supor a existência de outro, sem ser acessório: se A é dono do prédio e B causa danos ao telhado e paredes, o direito, a pretensão e a ação pela reparação dos danos não são acessórios do direito de propriedade. Se A recebe a indenização e a inverte no prédio, o quanto da reparação entra no bem e desaparece como *res* autônoma. Se A, em vez de a inverter,

compra algum outro bem, tudo se passa como se a coisa se tivesse deteriorado em parte. Por isso, se A, entrementes, aliena o prédio, o novo proprietário não é titular do direito à indenização: adquiriu a casa como era, salvo se houve cessão; mas, se houve cessão, sem sub-rogação real, o adquirente é adquirente do prédio e cessionário do crédito. *De regra,* pois, o direito à indenização não é acessório do direito de propriedade (= nào no segue). Se, por alguma razão, o importe da indenização tem destino necessário para reparar o bem danificado, então há sub-rogação, e é ela que liga ao direito de propriedade o direito à indenização. No caso de indenização por seguro, que fique sujeita a sub-rogação, a destinação à coisa liga o crédito à propriedade.

3.

Com-sorte dos direitos. Falamos acima de *a)* direitos acessórios que deixam de existir, se deixa de existir

o crédito principal, e *b)* de direitos acessórios, que, se o crédito principal deixou de existir, sobrevivem, deixando de existir apenas a acessoriedade. Entre os direitos *a),* estão os direitos reais ou pessoais de garantia (hipoteca, penhor, fiança), salvo se vão garantir outros créditos. Entre os direitos *b),* estão os juros vencidos e o direito à reparação do dano por mora. As exceções extintivas contra o crédito principal são oponiveis aos direitos acessórios.

4.

Direitos partes integrantes de bens imóveis. Quanto aos direitos que se têm como partes integrantes de imóveis, não são, propriamente, partes integrantes, — têm-se como tais (P. Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 274) e o seu destino é o do imóvel: porque nao são, propriamente, partes integrantes, podem ser objeto de disposição negocial, se a separação é possível. Em verdade, um direito é acessório de outro.

5.

Principalidade de outro crédito. A acessoriedade supõe a principalidade de outro crédito ou direito. Se foi solvida a dívida principal, cessa a acessoriedade *(e.g.,* ou há juros vencidos, que têm de ser pagos, sem qualquer acessoriedade, ou não os há e novos juros não se produzem); idem, se por outra razão se extingue a dívida principal (como se houve compensação, ou remissão). Se se constitui direito acessório por divida futura, como se foi feita a carta de fiança por aluguéis que correrão do dia em que o locatário ocupar o prédio, se o ocupar, ou se foi entregue objeto em penhor ou foi constituída a hipoteca, por ter sido combinado o empréstimo para algum tempo depois, há *direito expectativo de direito acessório,* e não direito acessório: somente quando nascer o direito expectado existirá direito acessório de fiança, ou de penhor, ou outro.

6.

Eficácia da acessoriedade. A eficácia da acessoriedade não ésempre a mesma. Todavia, pode-se assentar: *(a)* Não é lícito substituir-se o direito acessório, na relação de acessório a principal; assim, não pode o credor fazer acessório (hipoteca, penhor, fiança) da outro crédito seu, ou de outrem, o que o é de algum crédito; h~m o podem ele e o devedor ou ele, o devedor e o dono do bem dado em garantia, ou o fiador. Se ocorreu a última espécie, há *novo* direito acessório, e não substituição do termo da relação de acessoriedade, o que seria contra o conceito de relação. Nos sistemas jurídicos, em que se admite que a hipoteca para o novo crédito tenha o mesmo grau, é contra os princípios ter-se a espécie como de transferência da hipoteca para outro crédito.

(b)

Se se transfere o direito principal, transfere-se o acessório, salvo se a ligação cessou, como acontece com os juros vencidos, ainda se juros legais (sem razão, O. Planck, *BUrgerliches Gesetzbuch,* 11, 185). Quanto à pena convencional vencida, se moratória, dá-se a transferência do crédito sem a transferência dela (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 233; sem razão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 3Iã-35º ed., 271, F. Schollmeyer, *Recht der Schulduerhãltnisse,* 367); se por inadimplemento, ou adimplemento defeituoso, ou tardio, transfere-se a pena convencional (sem razão, P. Oertmann, *Redil der Schuldverhãltnisse,* 396, e outros). As perdas e danos transferem-se sempre, porque são danos ao crédito mesmo. Assim o princípio O

acessório segue o principal só tem cabimento — e é só de direito dispositivo — em se tratando de direitos acessórios auxiliares, *Hilfsrechte* (hipoteca, penhores, caução de títulos de crédito, fianças), com algumas diferenças, tais como, se se excluiu da cessão o direito de penhor, extingue-se, ao passo que a fiança, se foi excluída, continua de garantir ao cedente o pagamento da dívida ao cessionário. O art. 1.066 diz: "Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito se abrangem todos os seus acessórios." Mas a expressão acessórios só se refere, aí, a direitos acessórios *stricto sensu,* a direitos acessórios auxiliares. A hipoteca segue o crédito, com as pretensões todas que dela derivam; também o penhor, a anticrese, o penhor legal (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 692) e a penhora. O princípio dispositivo do seguimento apanha a transferência, por força de lei. Não atinge os direitos acessórios *alargantes,* nem os que são *inclusos.* Assim, pode-se invocar quanto às perdas e danos, às pretensões à restituição; não quanto ao que não éacessório do crédito, como o direito de resolução ou de resilição por impossibilidade culposa ou inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único), ainda que oriundo de cláusula contratual (K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 291 **S.;** sem razão, P. Oertmann, *Recht der Schuldverl-iãltnisse,* 315, e E. Seckel, *Die Gestaltungsrechte,* 221).

Nem quanto ao acessório alargante: juros vencidos.

As expressões "cede com todos os direitos e ações" entendem-se "com todos os direitos acessórios, auxiliares ou não, pretensões, ações e exceções"; portanto, abrangem juros *e* custas, não, porém, o que não é acessório.

Seria preciso que se dissesse com todos os direitos, acessórios ou não, que concernem à relação jurídica e ao crédito". Aliás, direitos de retenção extinguem-se com a cessão, se o cessionário não estava na mesma situação

do devedor. O principio dispositivo do seguimento nada tem, aí, a regrar (E Schlegelberger, *Das Zurtickbehaltungsrecht,* 108; sem razão, H. Emmerich, *Pfandrechtskonkurrenzen,* 285). A pretensão à reparação ou à restituição pelo enriquecimento injustificado não é direito acessório (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 694).

(c)

O direito principal só é transferível, sem o acessório, se esse se extingue, ou se a acessoriedade cessa (respectivamente, crédito e direito de penhor, crédito e pretensão a juros ou à pena convencional moratória). A fiança extingue-se se foi cedido o crédito sem a ela se referir, e não cabe argumentar-se que o credor de duas dívidas solidárias pode ceder qualquer delas (sem razão, evidentemente, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 234). *(d)*

O direito cipal, se o valor moratória). *Aliter,* Nem a mudança de grau, nem o próprio registro do crédito criam direito à parte. A mudança de grau é fato que se opera com a relação jurídica, no mundo jurídico; o registro do crédito estende-lhe a eficácia. Se uma e outro passam ao cessionário, é porque são o próprio crédito. Por outro lado, quando alguma regra jurídica manda que se separe de algum patrimônio o bem, não há direito acessório. acessório pode ser cedido, sem o direito prindaquele é próprio Ouros, pena convencional quanto às garantias reais e pessoais.

(e) Os direitos acessórios podem ser exercidos sem que se exerça o principal, *e.g.,* cobram-se os juros sem se cobrar o capital, cobra-se só pena convencional, cobram-se as perdas e danos, ou pede-se a posse sem se reivindicar a coisa (O. Planck, *Kommentar,* III, *2, 4º* ed., 472). Todavia, a devolução das custas processuais tem de ser pedida no processo (o que não infirma o princípio), e não por ação à parte (E Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 80, nota 3). Volveremos a tratar dos direitos acessórios, no Tomo VI, a propósito de prescrição.

7.

Privilégios e prelação. Discute-se se os privilégios e a prelação dos direitos reais (art. 1.557) são direitos acessórios, ou qualidades dos direitos em causa. Em relação à massa concursal, ocorre com eles que se quebra o princípio de igualdade de tratamento. Assim, quando a lei diz (art. 1.066) que, salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito se abrangem todos os seus acessórios, os privilégios creditórios e a prelação dos direitos reais não estão incluídos, nem precisavam estar Assim, as expressões “direito de preferência” e “direito dc prelação” são a técnicas e se devem ler como „preferência ou prelação que faz parte ∼= é qualidade) do direito”. Pretendeu O. Gierke *(Deu tsches Priuatrecht,* II, 323, nota 91) que se tratasse de direitos reais acessórios. Mais longe foi Wege (Verhãltnisse, *Jherings Jahrbficher,* 51,

44). Seria tirar-se elemento do direito real para nele se ver direito acessório.

Capítulo III

Direitos Expectativos e Direitos Expectados; Direitos Formativos e Direitos Formados

§ 576. Expectativa e direito expectativo

1.

Nascimento dos direitos; expectação. Os direitos nascem instantaneamente, ou não. No primeiro caso, todo o fato, ou todos os fatos, de que depende a aquisição dos direitos, se produzem de uma só vez, como em jato, que toma o seu lugar no mundo dos direitos; quer dizer: no sistema juridico ou ordem juridica, de que se trata. No segundo caso, há fatos diferentes, ou reiterados, que vêm uns após outros, ou um após outro; de modo que cada um deles, acontecendo, é passo para a aquisição do direito, porém não ainda a aquisição. Há momentos em que muito falta; e momento em que quase nada falta. Estão os futuros titulares em expectativa.

Mas erraríamos se tratássemos como sendo no mesmo plano todas as expectativas. Há direitos in *Jieri* a que apenas falta a quem o vai adquirir o exercício de algum direito, ou pretensão; e direitos *in Jieri,* que somente surgirão se algo acontecer, ou outrem praticar algum ato. Naturalmente, todos os direitos ainda não adquiridos, ainda não formados, não existem. Porém há diferença de probabilidade de virem a existir e, a juízo do titular futuro, são bem próximos de existência, de surgimento, aqueles cuja formação só depende de ato seu. Algumas vezes, esse critério, subjetivo, não corresponde aos fatos.

Os direitos em formação, portanto as expectativas (os aindanão-direitos), podem ser *reais* ou *pessoais,* o que

permite falar-se de expectativas reais e de expectativas pessoais. Não só. Algumas expectativas são de aquisição originária; outras, de aquisição derivada.

2.

O *termo "expectativa".* O termo expectativa **é,** conforme vimos, equívoco. Nem lhe tira a equivocidade o distinguirem-se *expectativa e mera expectativa,* como alguns juristas fazem. Nem toda expectativa significa que alguém, — que expecta, que espera, que tem por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de certo direito, — *já* tem direito expectativo ou pretensão expectativa. As vezes, expecta-se, e tem-se direito expectativo, ou pretensão expectativa; outras vezes, expecta-se, e não se tem esse direito, ou essa pretensão. Há grau de intensidade em que a quem expecta já surgiu, já nasceu, direito ou pretensão a adquirir o objeto da expectativa. E o que ocorre sempre que essa aquisição só depende do *exercício* de certo ato (leia-se, portanto: do exercício de algum direito, ou pretensão, ou ação).

3.

Graus de expectação. Falamos de grau de intensidade da espera. A segurança, que advém da *probabilidade,* é menor do que a resultante de *posição jurídica* que constitui degrau para a aquisição. Os degraus podem não ser posições juridicas. A diferença é evidente entre a expectativa que tem (ou, melhor, em que está) o que, se A morresse agora, seria herdeiro, e a expectativa de quem obteve promessa de venda de prédio (pré-contrato). O direito desse pré-contraente consiste em crédito de contrato, pois que se lhe prometeu contrato de venda e compra, e o direito expectado é a venda e compra. A expectativa enche-se com o fato de já estar no patrimônio do expectante o degrau para a aquisição do direito. Há direito a adquirir direito. É erro dizer-se, como A. von Tuhr *(Der Aligemeine TeU,* 1, 182), que tais expectativas podem ser assimiladas a direitos subjetivos. Há, em verdade, direito subjetivo, ou pretensão, ou mesmo ação, de que a expectativa é sombra para a frente; porém a expectativa mesma não pode ser assimilada a direito subjetivo, ou à pretensão. Se há, por exemplo, pré-contrato de venda e compra, a expectativa de venda e compra não é assimilável a direito subjetivo, ou à pretensão, ou à

ação: o que é direito subjetivo é o direito obrigacional, que nasceu do pré-

contrato, com as pretensões e ações correspondentes. Entre esse direito subjetivo e o futuro direito subjetivo do adquirente futuro do prédio, ou outro objeto comprado, não há senão o exercicio da pretensão ou da ação pelo titular daquele, ou a execução voluntária da promessa de venda e compra. A expectativa passa-se no foro psíquico, individual, do promitente-comprador, titular do direito à venda e compra, e não no mundo dos direitos, que é objetivo-subjetivo social. Dizer-se que, embora falte ao titular a atuação de vontade atual, que só lhe exsurgirá depois da aquisição do direito expectado, a expectativa já está protegida e — o que é característico do direito subjetivo — a defesa *dela* depende da vontade do titular e essa é deixada a seu talante, é confundir os conceitos jurídicos de direito subjetivo à formação de direito e de direito que nasce do exercício de direito subjetivo à formação de direito *e* o conceito extrajuridico, intra-individual, de expectativa. A expectativa não se desenrola no mundo jurídico, porém, tão-só, nos espíritos dos que estão em expectativa de adquirir (expectativas positivas), ou de perder para alguém (expectativas negativas), ou de assistir à aquisição ou perda por outrem (expectativa neutra ou contemplativa).

Por isso mesmo, não se pode dizer que, sendo insegura a possibilidade de aquisição, a expectativa perca o caráter de direito e seja simples expectativa de fato ou mera expectativa. É pena que a preparação lógico-filosófica de alguns juristas, inclusive A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 182), mais devido à época em que pensaram, não lhes haja apontado a confusão entre a ordem jurídica e a ordem fática, de modo a verem que a *sombra* do direito à aquisição de direito e a *sombra* do fato que é degrau para a aquisição de direito são igualmente *sombras.* A diferença não éentre expectativas, porque expectativas são apenas sombras; mas entre direito, que produz sombra, e fato, que também a produz.

Se A faz a oferta (declaração de vontade) e espera que, aceitando B (declaração de vontade concordante), lhe nasça algum, ou lhe nasçam alguns direitos, A está em expectativa, porém essa expectativa não é sombra de direito, que se desenhe no seu espirito e faça a sua atitude de espera: é apenas sombra de fato, que é a sua manifestação de vontade, dirigida a B, que pode aceitar, ou não aceitar. Se borramos ou raspamos as fronteiras entre o juridico e o não-jurídico, ou entre os direitos, pretensões e ações e os não-direitos, as não-pretensões e as

não-ações, caímos em equivocidade. A nossa linguagem perderia a exatidão e precisão que se exige a toda ciência. As expectativas são, certamente, expectativas *de direitos;* não são *direitos.* Podem ser expectativas *de pretensões,* ou *de ações,* ou *de exceções;* não são *pretensões,* ou *ações,* ou *exceções.* Por trás de algumas estão direitos, pretensões, ou ações, ou exceções; esses direitos, pretensões, ou ações, ou exceções concorrem para a intensificação da expectativa, como os corpos opacos concorrem para intensificação da sombra que deriva, por exemplo, de corpos não-opacos. Se, todavia, estamos a falar de corpos, não teremos de tratar de

corpos opacos, *sombras* e corpos não-opacos. O jurista que, ao se referir às expectativas, considera umas nãodireitos, e outras direitos, procede como o físico que, fugindo a toda orientação científica, repelisse a classificação das sombras de cornos não-opacos como cornos *e* admitisse serem cornos as sombras de cornos opacos. O jurista que escreve como A. von Tuhr *(Der Aligemeine TeU,* 1, 182), que as expectativas seguras em certo grau podem assimilar-se aos direitos subjetivos e ser designadas como direitos expectativos", cometem esse erro, isto é, enunciam que "as sombras dos cornos opacos — ou de certo grau de opacidade — podem ser assimiladas a corpos e ser designadas como cornos opacos".

§ 577. Direitos expectativos e direitos formativos geradores

1.

Precisão dos conceitos. O *direito formativo gerador* não se confunde com o *direito expectativa* à aquisição: aquele leva àaquisição, pelo exercício; esse só depende de elemento em que não entra a vontade do titular. Tanto o direito à aquisição que resulta da transmissão com prazo inicial (= a termo inicial) quanto o direito à aquisição a termo final são direitos expectativos, — não são direitos formativos geradores. São direitos a adquirir direito, sem que se precise, para isso, de ato humano. O que suspende ou retarda a resolução é eliminado pelo fato-termo. Tanto os direitos formativos geradores quanto os direitos expectativos aludem a direito que se vai adquirir; a diferença entre

eles está em que, ali, o direito a formar-se depende do exercício do direito formativo gerador, e, aqui, o tempo ou acontecimento é que faz surgir o direito expectado.

Há direitos expectativos de direitos reais e direitos expectativos de direitos pessoais. Não é direito expectativo a expectativa de direito, que não se contém em direito já existente. O titular do direito expectativo é pré-titular do direito expectado. A segurança em que o fato se dê apenas torna mais provável a aquisição do direito expectado, razão por que não há de servir a nomear o direito expectativo, que pode existir independentemente de toda segurança: se *a,* então *b.* A proteção ao direito expectativo, se o há, é a mesma. O oferente não tem direito expectativo, nem direito formativo gerador: o que ele espera, sem direito a expectar, é a aceitação; a aceitação é que lhe dará direito, direito formado, e não formativo gerador, ou expectativo. Diz-se, então, que o oferente tem a *simples expectativa,* coisa diferente de direito expectativo. A expectativa, aí, não é direito. O que pode vir a ser herdeiro de alguma pessoa só tem, antes da morte, quanto àherança, expectativa, dita, vulgarmente, expectativa simples. O assinatário, que espera a aceitação, ou a prestação do assinado, ainda não tem direito, frente ao assinado (A. von Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings Jahrbticher,* 48, 30): a sua situação é semelhante à do oferente. Não importa o argumento de que tal expectativa passa aos herdeiros.

Sim, o crédito passa; com ele, o que é direito acessório *e as circunstâncias.* Por isso mesmo, o direito do terceiro, a favor de quem se estipulou, se não houve substituição (art. 1.100), *nasce* com a morte do estipulante.

O terceiro só tem a expectativa simples, não o direito expectativo, ou outro direito (K. Hellwig, *Die Vertrdge* aul *Leistung an Dritte,* 212; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* III, 306). Discute-se se pode ser *cedida* a expectativa, isto é, transferida. Responderam afirmativamente E. Danz ***(Die** Auslegung der Rechtsgeschàfte,* 3º

ed., 189) e Eugen Josef (Die Anfechtung der Zuwendung, *Jherings Jahrbdcher,* 66, 56), se irrevogável a estipulação (portanto, se morre o estipulante, ou se estipulou irrevogavelmente); negativamente, G. Planck *(Rom mentor,* II, 4º ed., 425), por só admitir que se tratasse de cessão de direito futuro, para o caso de ser adquirido. Pensou K. Hellwig *(Die Vertràge auf Leistung an Dritte,* 213, nota 399) em convalescença da cessão, se sobrevém a aquisição do direito expectativo ou do direito expectado. Além deles, J. Eckstein (Zur

Auslegung des § 331 BGB., *Gruchots Beitràge,* 55, 757), porque já admitia a existência de direito desde logo.

O problema não pode ser resolvido no sentido da cessibilidade da expectativa simples, porque o objeto da cessão há de ser direito; mas insere-se em outro, o que torna ociosa a discussão dele antes da discussão do problema mais geral: ~Podem ser cedidos direitos futuros? Primeiro, advirtamos em que não se cede a relação jurídica, mas o crédito mesmo, que é ôntico; depois, em que o *crédito futuro* é cessível (os aluguéis de casa ainda não alugada, o que se vai receber de negócio jurídico ainda não concluído; consequências: os credores do cedente não poderiam penhorar o crédito futuro cedido). Portanto, o que se cede é o crédito mesmo, embora futuro, e não a expectativa.

2.

Dever de sofrer o nascimento do crédito. Do lado passivo da relação jurídica, que irradia o direito expectativo, está o que tem o dever de sofrer o nascimento do crédito: ainda não é devedor da prestação, mas essa dívida já não depende de sua vontade; pode nascer, contra ela. Quem está exposto a que nasça o direito real, ou pessoal, de outrem, está na totalidade dos sujeitos passivos, ou é o sujeito passivo do dever de

expectativa. O vínculo já existe; se não existisse, a outra pessoa apenas teria expectativa, e não direito expectativo.

3.

Eficácia do direito expectativo. A eficácia do direito expectativo é anterior e inconfundível com a do direito expectado. O direito expectado é futuro; ainda não tem efeitos: é efeito, ele mesmo, que ainda não se produziu. Tem-se chamado aos efeitos do direito expectativo *efeitos preliminares,* mas o nome alude ao que ainda não é, — e não ao que é, e os prodir. Essa expressão "préefeitos", ou "efeitos preliminares" (Vorwirkungen), foi sugerida por A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teu,* 1, 183), mas tem o grave defeito de se referir à causa dos efeitos, aludindo ao direito futuro: não é o direito futuro que os

pré-tem, não é o direito futuro que, antes de ser, os produz; produ-los o direito que *já é.* Portanto, não são pré-efeitos; são, simplesmente, efeitos. Dir-se-á que o devedor do crédito a termo, ou sob condição, não pode, desde já, impossibilitar a prestação; mas tal dever de não frustrar lhe nasce do direito expectativo, e não do direito futuro.

Discute-se se o oferente, vinculado pela irrevogabilidade (art. 1.080), responde por perdas e danos, se antes da aceitação prejudica o objeto da oferta: ou *a)* se há de entender que a conclusão do contrato tem eficácia retroativa, isto é, desde a data da oferta; ou *b)* se há de entender que a eficácia do negócio jurídico bilateral é *ex nunc.* Se *a),* a culpa já é contratual; se *li),* ou, nas espécies do art. 1.081, IV, e 1.082, se se não comunicou a revogação, há a chamada *culpa in contrabendo,* que já se estudou (§§ 225, nº 8, 383, 412, 5, e 440, 4), e cabem perdas e danos, ou, em geral, se dá a quem tem direito a medidas de segurança a pretensão às perdas e danos (cp. arts. 120, 121 e 1.082, in *fine).* O problema é de extrema delicadeza, porque ou se tem a vinculabilidade (efeito mínimo) como efeito *único,* ou se reconhece a infração ao direito formativo gerador, com as consequências do ilícito. Não vem ao caso dizer-se que a venda, antes da aceitação, vale, ou que a cessão a outrem, antes da aceitação pelo cessionário, é que vale, e quejandas afirmativas, no plano da validade. O que se discute é se há dever de não frustrar, a prestação, ligado ao direito formativo gerador. Não se precisa recorrer à culpa contratual; o que promete recompensa e prejudica o objeto da promessa, antes de ser praticado o ato recompensável, responde pela prestação prometida. O que maliciosamente dificulta ou impossibilita a prestação, que é objeto de direito, a formar-se ou expectado, responde como se esse direito já tivesse nascido: o art. 120 é expressivo.

4.

A falsa teoria da pendência. A condição só se refere ao *efeito,* e não à existência da vontade negocial, que deveria estar no suporte fático; concerne, pois, ao plano da eficácia, — o que também afasta a chamada *teoria da pendência,* que daria o evento como „declarativo" da vontade negocial. Verdadeiramente, a discussão seria entre a *teoria da condição elemento do efeito* e a *teoria da pendência,* pois a *teoria da ligação da condição àvontade* (plano *de* existência) é insustentável. Se a eficácia é ***ex*** *nunc,* ou se *ex tunc,* nada tem com o problema de existir, ou não, na pendência, direito expectativo. Os chamados efeitos preliminares são efeitos do direito expectativo, e não pré-efeitos ou

efeitos preliminares, conceito que turvaria, de começo, a doutrina da condição.

A eficácia retroativa do direito expectado não se confunde com a eficácia do direito expectativo, a que se dá o nome impróprio de pré-efeito.

Diz o art. 1.473: "Se o seguro não tiver por causa declarada a garantia de alguma obrigação, é licito ao segurado, em qualquer tempo, substituir o seu beneficiário, e, sendo a apólice emitida àordem, instituir o beneficiário até por ato de última vontade." Não há, aí, transferência de direitos futuros; mas, tão-só, determinação mudável do terceiro beneficiado (cp. art. 1.100). O estipulante exerce direito formativo *modificativo.* O beneficiado não tem, ***ex** hypothesi,* direito expectativo.

5.

Obstáculo malicioso e ajuda maliciosa. O art. 120, *IA* parte, não estabelece ficção de adimplemento, fundada em presunção suscetível de prova contrária. A prova, que se tem de dar, é a do obstáculo malicioso.

Trata-se de *efeito* do direito expectativo: o contraente, que obstou, porque a condição lhe era desfavorável, infringiu o seu dever, correspondente àquele direito expectativo, dever no qual se contém o de não impedir que se verifique a condição. No que concerne à V parte do art. 120, se o que seria favorecido pela condição maliciosamente a faz realizar-se, sofre o *efeito* de se ter por não verificada a condição. Também aqui infringiu dever, que corresponde ao direito do outro contraente, se suspensiva a condição, ou dele mesmo, se resolutiva a condição. Note-se que, no caso de condição suspensiva, o direito ofendido não é, ai, expectativo, expectativo era o direito do que *fez* realizar-se a condição favorável.

6.

Precisões de conceitos. É *de* boa metodologia que, ao se falar de *(a)* expectativas, de *(b)* direitos expectativos *(Anwartschaftsrechte)* e *de (c)* direitos formativos *(Gestaltungsrechte),* se exclua em *(b)* e em *(c)* a

alusão à expectação. Certamente, quem tem direito expectativo espera, expecta, e quem tem direito formativo também espera, expecta. Mas, além da situação de expectante, o titular do direito expectativo já tem "direito", a tutela desse direito, a ação, quiçá exceções: a expectação é atitude que se enche, ai, de *certeza,* ou, pelo menos de extrema probabilidade. Além da situação de expectante, o titular do direito formativo também já tem "direito", a tutela desse direito, ação, quiçá exceções, e o exercê-lo para que o *outro* direito se crie, modifique, ou extinga, só depende da sua vontade, ou só dependerá, a dado momento, da sua vontade. Razão há, portanto, para só se falar de expectativa quando o direito *ainda* não nasceu, quando se espera o direito, sem a intercalação de qualquer outro direito (direito expectativo, ou direito formativo).

7.

Se expectativa é efeito jurídico. O conceito de expectativa suscita, de inicio, problema sutil de epistemologia jurídica e de lógica: ~A expectativa é situação (ou atitude) subjetiva, que não se pode localizar no mundo jurídico, como *eficácia,* ou já se pára nele e, pois, nele pode ser localizada? Se o que se espera (atitude subjetiva) depende daquele que agora está na relação jurídica, em que o expectante expecta entrar, inserir-se, no todo ou em parte, ou aquele, de quem derivaria o direito esperado, poderia, a seu talante, excluir a sua aparição, nenhum direito há *nesse momento:* há expectativa, algo que é efeito de fatos talvez já juridicizados, mas efeito no mundo fático. O *futuro* herdeiro legítimo, ainda necessário, antes da abertura da sucessão, pode vir a não ser herdeiro: o decujo, que aliena todos os bens, nada deixa; não há herança, não há, portanto, herdeiros. E somente por abreviação que se fala de herdeiros legítimos de pessoa que ainda não faleceu. Herdeiros legítimos só há à abertura da sucessão, precisamente, *se bens* há. O assinatário tem expectativa pura de que o assinado aceite, ou de que satisfaça a prestação *(aliter,* o terceiro a favor de quem se estipulou, nos casos dos arts. 1.098, parágrafo único, e 1.100). Resulta da estrutura mesma da assinação: há apenas *spes acquirendi,* que depende de dois elementos do suporte fático em formação: a boa vontade do assinado e a não-revogação da autorização de prestação (A. von Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings JahrbíUcher,* 48, 30). Ainda se está — quanto ao assinado — na fase de formação do suporte fático. Nem seria possível pensar-se, razoavelmente, em direito expectativo, cabendo, ainda, tanta insegurança, tanta dependência do fático. Importa dizer-se que não se atravessou a linha adiante da qual está o mundo jurídico. Se do futuro

titular dependesse a formação do direito, seria diferente: o assinado teria direito formativo. Mas a estrutura teria deixado de ser a da assinação.

8.

Distinção precisa entre expectativa e direito expectativo. Tem-se pretendido que a linha entre a expectativa e o direito expectativo é confusa, ou ondulante, ou cambiante, ou vaga, ou obscura. Tem-se de repelir tal atitude cética. Seria de graves consequências tolerarem-se, na ciência do direito, tais indistinções, tais claros-escuros. Ou o que se observa, in *casta,* é expectativa, ou é direito expectativo. O jurista não pode renunciar a dar resposta precisa e verdadeira. Trata-se de problema de ciência, para cujas dificuldades só há um remédio: o de mais segura investigação e esforço de inteligência. Ou há, *in casu,* direito expectativo, ou não no há. A demarcação é imprescindível; e de toda a relevância teórica, porque é demarcação entre mundo fático e mundo jurídico. Quando falo de expectativa (pura), estou necessariamente aludindo à posição de alguém *em que* se perfizeram elementos do suporte fático, de que sairá fato jurídico, produtor de direitos e outros efeitos, porém ainda não todos os elementos do suporte fático: a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há.

Para se aludir à indistinção nas fronteiras das expectativas e dos direitos expectativos, traz-se à tona o "direito" que nasce do crédito sob condição suspensiva, ainda quando a condição dependa de ato de terceiro ou do próprio obrigado. O art. 118 do Código Civil mais obscurece a inteligência dos menos atentos:

"Subordinando-se a eficácia do ato á condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa." No art. 121, fala-se de direito expectativo: "Ao titular do direito eventual, no caso de condição suspensiva, é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo." A primeira vista, há contradição: ainda não se adquiriu o direito (art. 118), portanto não há direito; direito há, e pode ser tutelado para que se conserve (art. 121). Certo, se o negócio jurídico se conclui sob condição suspensiva, o *efeito* dependente da condição só se estabelece com a realização dela (e di-lo o Código Civil alemão, § 158, alínea 1!); e tanto é estatuir-se que, se algum *efeito* depende da condição suspensiva, e esse efeito é direito, ou dele dzcorre o direito, que o negócio jurídico teve por fito, não se adquire

o direito antes que o efeito-direito, ou o efeito-pretensão, se produza, ou se produza a sua causa. O art. 121 corresponde ao art. 1.180 do Código Civil francês:

"Le créancieur peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit." Esse direito, que se conserva, já é; não se conserva o nada. No Código suíço das Obrigações (1881), o art. 172, alínea 2º, dizia: "O credor, cujos direitos condicionais são postos em perigo, pode tomar as mesmas medidas conservatórias como se seu crédito fosse puro e simples." O Código revisto art. 152, alínea 2t conservou-o.

557

Poder-se-ia explicar tal tutela como efeito, que a lei especialmente cria. Seria, contudo, contornar-se o problema. Melhor é enfrentá-lo. O art. 118 é tautológico: se o direito é o efeito suspenso, não se adquiriu, ainda, o direito. Mas isso não quer dizer que não exista o direito expectativo: o que ainda não se adquiriu foi o direito,

"a que ele (o negócio jurídico) visa" (art. 118); o negócio jurídico produz efeitos, dentre os quais está o direito expectativo; não produz o efeito, que é o direito "visado", ou de que decorrerá o direito "visado", O *art. 118 de modo nenhum exclui que, nos negócios jurídicos em que se estabeleça depender da condição a eficácia e nessa eficácia se compreenda o direito, a que eles visam, ou dela decorra, não exista o efeito a que se chama*

"direito expectativo". Tal efeito se chama direito, porque direito é; não importa o nome (o art. 121 di-lo

"eventual").

9.

Exemplificação. São direitos expectativos: *a)* Os que se originam de negócios jurídicos a prazo (em se tratando de aquisição de bens), ou sob condição, porque, ao se atingir o termo, ou ao se realizar a condição, se adquire o direito expectado, de modo que não mais depende da vontade do outorgado o nascimento do direito; razão por que: o que procura frustrar ou frustra a expectação a termo, ou sob condição, tem de reparar, e o que a frustra, tratando-se de condição, tem de sofrer que se tenha por ocorrida a condição (art. 120); o outorgante tem o dever, nos atos de disposição, de não lesar o

expectante; o direito expectativo é elemento do patrimônio do expectante, pode ser arrestado, penhorado, ou entrar em massa concursal, e se transmite entre vivos e a causa de morte.

b) Os direitos a direitos (futuros) para cujo nascimento falta elemento do suporte fático (os chamados "créditos futuros"), que são, em verdade, direitos expectados, porque antes deles estão direitos a suportes fáticos completos e é a eles, e não a esses, que falta algo para que nasçam *(e.g.,* o direito do titular da renda constituída sobre imóveis, ou de pensão, ou do locador, à anualidade, ou mensalidade, dos anos, ou dos meses a virem; em consequência, o que se transmite é o direito unitário, e não o direito futuro).

c) O direito do herdeiro fideicomissário (arts. 1.733-1.739), que pode ser transmissível, ou não.

d) O direito do herdeiro substituto (arts. 1.729-1.732), que pode renunciar desde logo. O direito do possuidor *ad usucapiendum,* não; não é ele titular de direito expectativo, porque o que vai completar o tempo da posse é tempo mais *fato,* e não depende somente dele; diz-se que, durante esse lapso, pode transferi-lo, transmiti-lo, ou perdê-lo, ou sofrer a interrupção, mas é evidente que só transfere e transmite posse.

e) Os direitos dos que têm direitos aos frutos, independente de ato próprio, unilateral; porque só de atos não-próprios depende a aquisição. O direito do credor anticrético a fazer seus os frutos é direito formado; não assim o de alguém se pagar com os frutos.

O direito a registrar a escritura de aquisição de imóvel não é direito de crédito, nem direito real formado, nem expectativo, — é direito formativo gerador; mas, se a transferência é pedida pelo alienante, não há ato do titular, o que mais acentuaria, *aí,* a natureza do direito expectativo. A regra é dar-se o registro após pedido. Se falta legitimação a quem a pede, o registro é criminoso: porém ocorre o efeito real, a presunção do art. 859, e até a fé pública do registro (cp. G. Planck, *Kommentar,* III, 4º ed., 137). No direito brasileiro, o art. 857 do Código Civil estatui: "Se o titulo de transmissão for gratuito, poderá ser promovida a transcrição: 1. Pelo próprio adquirente. II. Por quem de direito o represente. III. Pelo próprio transferente com prova da aceitação do beneficiado" (cf. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 217). Dai não se há de tirar que não possa ser legitimado, se oneroso o titulo, o transferente. Tal faculdade ou obrigação lhe pode

ser dada, na escritura de alienação e acordo de transferência, ou na de acordo de transferência, ou fora delas. Se é faculdade, ou se é obrigação, depende de interpretação. A lei mesma pode estabelecer o dever de pedir o registro. Todavia, se o que tem a faculdade de pedi-lo não no faz, ou o faz e, depois, retira o pedido, nada pode contra ele o adquirente.

Se o que tem obrigação, oriunda de negócio jurídico, de pedir o registro, não no faz, ou o faz e, depois, retira o pedido, viola o negócio jurídico, ou a lei, e responde segundo os princípios. A legitimação do transferente não exclui a do adquirente.

1) O direito, se foi feita a hipoteca (= registrada), antes de nascer o crédito; pois o titular do crédito esperado tem, aí, direito expectativo, e não simples expectativa, tanto que o dono do prédio, com os seus atos de disposição ou outros atos, não o pode prejudicar, sem que sofra as consequências. Dá-se o mesmo quanto a hipotecas *até* ***x*** (cf. H. Hirsch, Die vorlãufige Eigentúmerhypothek, *Archiu fúr Btirgerliches Recht,* 25, 222 s.).

g) O direito à sub-rogação legal do credor, por parte do devedor. O direito do que adquiriu direitos como eficácia de negócio jurídico *anulável* não é direito expectativo, já tem existência; não assim a situação do que os haveria se o negócio jurídico fosse eficaz: ***e.g.,*** negócio jurídico com o não-titular do direito (como o não-dono), negócio jurídico de transferência com o não-titular que concluiu outro negócio jurídico de transferência

sobre o mesmo objeto (dois direitos expectativos, em concorrência), caso em que a eficácia do primeiro (ou do que primeiro obtém o registro) depende da aquisição do objeto pelo alienante. Se há dois ou mais negócios jurídicos de transferência com o titular, sobre o mesmo objeto, cada um dos outorgados é titular de direito formativo gerador para o registro, ou de direito expectativo, se ao outorgante mesmo incumbe a providência registrária. O adquirente que espera o registro tem direito formativo gerador ao registro e direito expectativo a que o próprio alienante a peça (art. 857, III).

§ 578. A simples expectativa

1.

O problema da conceituação da simples expectativa. O que o homem espera, consistente em direito, pretensão, ação, ou exceção, pode ser esperado com os dados do mundo jurídico, ou com os dados do mundo fático e do mundo jurídico, ou quase somente com os dados do mundo fático, ou somente com os dados do mundo fático. Quem espera com dados, todos, do mundo jurídico, é porque espera no mundo jurídico, e o fato, *certo,* que servirá de elemento à realização do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, é comum ao mundo fático e ao mundo jurídico (direito expectativo do que adquiriu para ser feita a tradição no dia tal, ou quando se ultime a produção da coisa). Quem espera com dados do mundo jurídico e um dado *incerto,* comum, ou não, ao mundo juridico e ao mundo fático, espera que a condição ocorra. Quem espera com dados do mundo jurídico, mas o dado ou os dados do mundo fático preponderam, espera ainda no mundo fático: a expectativa simples é fática, ainda não entrou no mundo juridico, posto que se componha de alguns elementos do mundo jurídico a razão de se esperar. Se A é pai de B e de C, B e C têm expectativa quanto à herança de A; se D foi contemplado no testamento de A, D tem expectativa quanto à herança de A: a morte de A, sem a mudança dos dados do mundo jurídico, é que faz entrar no mundo jurídico o suporte fático de que nascia (no mundo fático) a expectativa. Trata-se de previsão do que se passará no mundo jurídico, se *tal* se ***der.*** Fato psíquico, extrajurídico, que, não sendo fato jurídico (= não tendo entrado no mundo jurídico), não tem qualquer efeito jurídico. A legitimação ativa do art. 460 não é efeito da expectativa dos parentes, quanto à sucessão do pródigo.

Quando a expectativa (no sentido de "o que se espera") ocorre, o fato entra no mundo jurídico e irradia os seus efeitos, entre os quais pode estar direito expectativo ou direito definitivo, ou outro. O nosso século limpou a doutrina jurídica das confusões entre expectativa e direitos potestativos, ou entre expectativa e direitos expectativos. Se há efeitos, há fato jurídico; se há fato jurídico, o efeito, que ele produz, *já é,* — portanto não se trata de expectativa. Isso não quer dizer que o direito expectativo tenha de ter efeitos desde logo, ou que, em terminologia que leva às confusões mais lamentáveis, não haja direito expectativo sem os chamados efeitos preliminares. Direito é efeito jurídico; o direito expectativo já é, de si só, efeito jurídico. Tem-se de raciocinar rente aos fatos: se a expectativa se realizou, entrou no

mundo jurídico o suporte fático em que era elemento o fato esperado (a esperança); se efeito se produz, há direito, ainda que expectativo. Se a existência dos chamados efeitos preliminares e a de direito expectativo são correlativas, é questão mal posta, desde os termos: o direito expectativo já é efeito (os direitos são efeitos); de modo que é fora do problema afirmar-se poder haver direito expectativo sem efeitos preliminares (H. Würdinger, *Di e právatrechtliche Anwartschajt ais Rechtsbegriff,* 60), o que importa dizer-se que o efeito único foi o direito expectativo, que pode ser sem pretensão e sem ações ou exceções, ou postular-se (não erradamente) que direito expectativo é apenas nome que se dá, como termo ativo às relações jurídicas preliminares (Kúhne, *Tatbestandsteilung,* 18 e 112 s.), caindo-se em tautologia (= termo ativo das relações jurídicas cujo conteúdo é espera). O direito expectativo é efeito; quais sejam os seus efeitos, depende da espécie; ele é, e isso lhe basta, como direito, a que corresponde dever, como sempre; se os seus efeitos forem encarados como efeitos preliminares do direito expectado, o que é defeituoso e já exprobramos, comete-se o erro de não se incluir nesse rol o próprio direito expectativo, que éefeito. Mas, em geral, toda consideração de pré-efeitos ou efeitos preliminares revela que se está em pista errada da investigação, tanto mais quanto se põem entre eles os efeitos do direito formativo gerador (inclusive o decorrente da vinculabilidade mesma, ou da irrevogabilidade da oferta).

2.

Expectativa é fato fora do mundo jurídico. Só há expectativa simples se o suporte fático não entrou no mundo jurídico *(e.g.,* parentesco em linha reta, ou colateral no grau para a sucessão, + esperança da morte do parente). Se entra (parentesco + morte do parente), não há mais falar-se de expectativa: já há fato jurídico; já há efeitos jurídicos. Se algum efeito jurídico há, tem-se de indagar qual o fato jurídico que se deu (= qual o suporte fático que entrou no mundo jurídico). Se não se produziu, nada há de poder jurídico, que se aponte, inclusive quanto a atos conservativos que se haveria de conservar?). O suporte fático da expectativa é incompleto: no

lugar em que haveria de estar certo fato, está, tão-só, a *previsão* de tal fato. Ao sujeito da expectativa, ao que, de fato, espera não está reconhecida nenhuma atividade, concernente ao que ele espera;

nenhuma iniciativa, nenhuma tutela jurídica, se alguém nega ou se opõe ao que é previsão do expectante; nenhum ato de disposição, a respeito da expectativa, entraria no mundo jurídico. Não há credor, nem devedor; nem titular de gozo ou de uso, nem a totalidade dos sujeitos é adstrita a abster-se de negar a previsão, ou pretender que a eles, ou a qualquer deles, caiba a expectativa. A ação declaratória seria de repelir-se, *ah initio:* não poderia haver relação jurídica. Se A pede que se declare a sua qualidade de filho de B, a sentença pode ser-lhe faúorável: declara-se a relação jurídica de parentesco. Mas, se A pretende que se declare que será herdeiro de B, o juiz não pode dizer

"sim" ou "não"; está acima da humana previsão saber-se se B morre antes de A, ou se B não deserdará a A, ou se os interessados na herança de B não obterão ganho de causa na ação de indignidade contra A. Até morrer B, A somente tem expectativa simples.

Foi Josef Kohler *(Der Prozess aIs Rec4sverhãltnis,* 62; *Enzyklopãdie,* 327; *Lehrbuch, 1,* § *49* s., 152 s.) quem definiu a *situa* çdo *jurídica* como elemento ou degrau da formação ou desenvolvimento do direito subjetivo. R.

Schmidt *(Lehrbuch, V* ed., 352) achava infrutífera a noção. Tratar-se-ia, pois, de algo de juridicamente relevante, *antes* do direito subjetivo. Algo de embrionário. Não há dúvida que nem sempre a regra jurídica *só* se interessa pelo suporte fático depois de se completar esse. Sempre que esse interesse começa antes da formação do direito subjetivo, ou durante o seu desenvolvimento, mas fora dele, há situações jurídicas. Já por ai se vê que á larguíssimo o conceito; nele cabem os estados mais diferentes. Mais ainda, se seguíssemos à risca a Josef Kohler e admitíssemos como exemplo a situação jurídica (!) do que está nomeado herdeiro no testamento da pessoa que ainda não morreu. O jurista não distinguia o elemento definitivo (morte) e os outros elementos secundários, que compõem o fato jurídico da herança: via efeito, antes de qualquer irradiação de efeito. Claro é que, nessa espécie, Josef Kohler viu o que não podia ser visto e sim, tão-só, ser, com certa probabilidade, previsto.

§ 579. Conceito de ocupação e de direito de apropriação

1.

Ocupação e exercício de direito de ocupação. E essencial observar-se que *ocupar* é ato que se passa no mundo fático. Se a ocupar há direito, a ocupação é exercício dele, portanto já se passa no mundo jurídico, no plano da eficácia dos fatos jurídicos. Mas a ocupação, se não há direito a ela, é ato, que (ainda) se vai introduzir no mundo jurídico. Não é negócio jurídico, unilateral, que se produza com essa entrada, razão por que absolutamente incapazes podem ocupar e adquirir. E ato-fato jurídico.

2.

Ocupação prius *e ocupação* posterius. Porque a ocupação, antes de entrar no mundo jurídico, é ato-fato, não há *prius* em relação a ela; o ato-fato jurídico, com os seus efeitos, são posteridade dela. Muito diferente seria se, na espécie, a ocupação fosse exercício de direito: o fato juridico ***e*** os seus efeitos, *incluído* esse *direito,* seriam *prius,* e a ocupação, *posterius.* Por isso mesmo, quem vai ocupar pode esbarrar com o mundo jurídico, *e.g.,* com a regra jurídica proibitiva de se apropnar e com o direito a ocupar (direito à apropriação).

3.

Coisas sem *dono e ocupação* prius. A ocupação *prius* é a apropriação por ato próprio, unilateral, sem antecedente jurídico: o direito nasce dela; não há, portanto, direito a ela. Tudo se passa no mundo fático, até que o suporte fático, de que é elemento o ato de ocupar, entre no mundo jurídico. A respeito das coisas *nuflius,* coisas sem dono ou adéspotas, não se pode pensar em direito à apropriação, salvo se o "acesso" a ela depende do uso de direito alheio, ou de outro direito próprio, ou entrada na esfera jurídica de outrem: tal o que se passa com o direito de caça (= direito de apropriação da caça em certo lugar e tempo), com o direito de pesca (=

direito de apropriação da pesca em certo lugar e tempo), com o direito de apropriar-se de mina e com outros direitos. O direito de se apropriar das raízes e ramos da árvore do vizinho, que invadem o terreno, contém-se na propriedade do imóvel, mas é direito, com eficácia *erga omnes.* Outrossim, o direito de se apropriar dos frutos que caem no terreno. Ambos são suscetiveis de cessão. O direito a unir à coisa a instalação, nos casos que a lei prevê, é direito a apropriar-se, se a instalação é de outrem.

4.

Direitos de apropriação. Quanto aos direitos de caça, pesca e minas, aparecem eles, de regra, como

direitos *continuados,* isto é, cada um deles se refere a atividade duradoura, a exploração mais ou menos permanente, conforme plano, de modo que se dêem muitos atos seguidos de apropriação; mas casos há em que são exercidos de um jato. Numa e noutra espécie, o direito, que se apresenta, tem caráter de direito absoluto. A tutela jurídica églobal, ainda que só um ato de apropriação tenha sido impedido, ou dificultado, e os produtos (da caça, da pesca, ou da mina) são frutos da empresa, e não do alçapão, da gaiola, do viveiro, ou da maquinaria da mina. A concepção, germânica, de pertencer ao proprietário da terra a caça, desapareceu, restando, apenas, na Inglaterra, com a *transient property* sobre os animais que se acham no terreno. Hoje, é mesmo direito de apropriação: o que entra no terreno alheio e caça, pesca, ou retira minérios, não furta, nem rouba; apropria-se, indevidamente (= contra direito), de tais coisas. Não há direito real do proprietário do terreno sobre os animais caçáveis, ou pescáveis, nem sobre os minérios exploráveis; há direito a caçar, a pescar, a explorar, ou a habilitar-se a explorar. Discute-se a natureza desse direito: a) Alguns o consideram direito real sobre a coisa *nuilius* (Stobbe-Lehmann, L. Enneccerus). *b)* Outros, direito quase de direito das coisas, conceito equívoco de que lançou mão certa jurisprudência alemã. *c)* Outros, direito formativo gerador (E. Zitelmann). *d)* Outros, enfim, direito de personalidade (O. von Gierke). Para *a),* a coisa (o animal, caçável ou pescável) seria o objeto do direito, sem qualquer elemento intermédio; consequência: se o cão do vizinho mata o coelho ou veado, que está no terreno, fere o meu direito de caçar, devendo indenizar-me o vizinho (M. Wolff, *Lehrhuch,* III, 27º-32º

ed., 248; contra, E Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, *Archiu* fUr *die civilistische Praxis,* 105, 122; e Eugen Josef, Erõrterungen zum Fischereirecht, *Archiu fúr die civilistische Praxis,* 117, 253

s.). Para *1,),* as consequências seriam dúbias, como a concepção mesma. Para *d),* o direito seria de personalidade, o que não merece sequer, crítica, e é de estranhar-se que até aí chegasse O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* 1, 716).

O direito é formativo gerador. Não é, ainda, direito formado: identificar-se-ia com o dc propriedade dos animais ou minérios. Por isso, não há *rei vindica tio;* a pretensão é a dos direitos absolutos, — pretensão a que o lesionante se abstenha, ou suporte a retirada da coisa. No exemplo do coelho, ou do veado, que o cão mata, a indenização é pela ofensa à propriedade, em cujo conteúdo está o direito formativo gerador, ou ao direito formativo gerador mesmo, se o titular não é o proprietário; e não, como pensou Martin Wolff, pelo "valor" do veado, objeto de direito real.

5.

Direitos a formar direito real. Os direitos de apropriação, em senso estrito, são direitos a formar direito real, seja o de propriedade, seja outro; não são, pois, desde já, o direito de propriedade, ou o direito real. Não são direitos expectativas, porque dependem de ato do titular; nem são meras expectativas. Nem se confundem com os direitos de crédito à propriedade, ou ao direito real; porque, em vez da pretensão a que alguém transfira a propriedade, ou transfira o direito real, ao titular deles, sã dependem do ato unilateral desse. O direito da Fazenda Pública a adquirir os bens imóvéis abandonados é direito expectativa de apropriação. O direito do possuidor a separar, para si, da coisa alheia o que agregou a ela é direito de apropriação.

O direito, fundado em permissão do dono, de adquirir os frutos ou partes da coisa, se o titular desse direito não tem a posse dela, é de natureza obrigacional, tanto que, se o proprietário revoga a permissão, não ofende direito real formado, mas direito de crédito com *plus* da permissão. Se, em vez disso, o titular do direito à apreensão tem ***já*** a posse da coisa, os frutos são adquiridos quando se tornam coisas autônomas. Ali, o direito é formativo gerador; aqui, o direito é expectativa. O nome "direito de apropriação" serviria à primeira espécie; não, à segunda. Se servisse às duas, não entraria na classe dos direitos formativos geradores. Tampouco, é de admitir-se a explicação de serem os frutos adquiridos, no momento do ato voluntário de separação; porque, se a titular tem a posse, de nenhuma manifestação de vontade necessita. A permissão, ainda quando revogável, é *anterior* à aquisição e sem caráter de oferta. A diferença entre o direito do que não tem a posse da coisa e o direito do que a tem é somente quanto a ser preciso, ali, o ato unilateral do titular, e, aqui, não. Não colhe considerar-se o ato de separar como declaração ou manifestação de

vontade: a separação pode ser sem qualquer elemento volitivo, e a posse basta; nem colhe identificar-se o ato de apreensão (apossamenta do fruto + mais separação) com a aquisição pelo que tem posse, se a separação - se dá com ou sem a vontade do titular do direito expectativa.

Portanto, podemos induzir: alguns direitos formativos geradores se transformam em direitos expectativos, se a posse da coisa basta para dispensar o ato unilateral do exercicio daqueles.

Quando, nos negócios jurídicos em que se inclui o *acordo de transmissão (e.g.,* negócio jurídico de tradição), se interpõe tempo entre o consentimento e a transferência da posse, o adquirente, que já tem a posse, no momento mesmo em que o consentimento ocorre, adquire *(brevi manu traditio),* pois que o tempo interposto foi após a posse e se admitiu a aquisição imediata. Se o que foi adquirente já tinha a posse, mas só se admitiu em ulterior momento a aquisição, o possuidor só adquire no momento marcado *(e.g.,* locação até x, aquisição a x). Em todas essas espécies há direito expectativa. Se se inseriu cláusula de opção, então, sim, há direito formativo

gerador. Se o outorgado não tem a posse, mas o outorgante lhe deu direito a tomar posse da coisa, necessariamente tornou não contrário a direito o apossamento: a despeito da revogabilidade, há direito formativo gerador. Tratando-se de imóveis, o adquirente do imóvel em direito formativo gerador a obter o registro: o pedido de registro, para transmissão da propriedade, é o ato (unilateral) de exercício dele. Também aqui o alienante pode alienar a outrem, ou já ter alienado a outrem o mesmo imóvel, e adquire a propriedade quem primeiro obtém o registro.

Todavia, a superveniência da incapacidade do alienante não causa prejuízo, porque já existia o direito formativo gerador.

§ 580. Direitos a formar direitos

1.

Direitos formatiuos geradores. A expressão "direitos de apropriação" não é suficientemente larga para abranger os direitos formativos geradores de direitos reais, principalmente a propriedade, e os direitos formativos geradores de outros direitos. Assim, as medidas cautelares são objeto de direito formativo gerador, sem que se trate de geração de direito real (apropriação, em senso estrito e próprio); bem como a penhora. São direitos públicos. A pretensão à tutela jurídica supõe que se hajam composto os suportes fáticos para as ações mandamentais, ou para o elemento mandamental da ação executiva, ou constitutiva. A execução, quanto aos direitos reais de garantia, já se inicia com a determinação do objeto e apenas *continua,* no tempo, a discriminação, já no plano da satisfação dos créditos garantidos. Fora dai e dos outros direitos reais, toda ingressão na esfera jurídica alheia para se obter discriminação e determinação de objeto é *ex novo:* não continua

"ingressão" anterior. O estudo da carga das sentenças, nas ações cautelares e nas ações executivas, utilizando-se os dados que inserimos nos *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939* (III, 2, 393-403, especialmente 418, IV, 393-399, e VI, 519), pode ser de grande proveito. E preciso não confundamos a pretensão à tutela jurídica, que é pré-processual, e a pretensão que é *res in iudicium deducta,* pretensão que é a do direito formativo gerador sobre o patrimônio do devedor, processual. Quando K. Hellwig *(Klagrecht íind Klagmãglichkeit,* 16 **S.;** *Lehrbuch,* II, 105 s.) acentuou que não havia direito privado à medida executiva (ou caute!ar), acertou; mas esqueceu-lhe distinguir a pretensão pré-processual e a processual, o que de modo nenhum dá ensanchas a que se fale, como A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 178), de exercício de direito *privado* do credor. O jurista alemão não viu a cisão entre a pretensão ao adimplemento e o ato de justiçamento ao tempo em que já se dera a monopolização estatal da justiça. Há atividade do credor, porque o é, e deve reparação, se causa dano ao devedor, ou a terceiro; mas o direito é público, processual. (Nem todas as regras juridicas que se invocam a favor de credores de direito privado, ou, em geral, de titulares de direitos privados são regras de direito privado; a *res deducta* pode conter somente invocação de regras de direito público; *e.g.,* regras de direito constitucional, de direito registrado, ou de direito processual.) 2.

Permissão de tomada de posse. Se a alguém se permite tomar posse da coisa, adquire-a quem a toma; enquanto não há a tomada de posse, existe direito formativo gerador, posto que se extinga desde o momento da revogação. Não há turbação, nem espoliação, em se tomar, enquanto não se revoga a permissão, a posse de que se trata. As vezes, tal direito existe sem ter havido a permissão, que, então, é substituida pela autorização em virtude de lei: o cônjuge tem direito a

entrar na posse dos bens comuns, trazidos ou aqúestos; têm-no também o pai ou mãe, titular do pátrio poder, o tutor, o curador, o inventariante e os administradores de massa. A esse direito correspondem as ações de imissão na posse (sob o Código de Processo Civil de 1939, arts. 381-383).

Quando alguém adquire prédio e o alienante não transferiu, efetivamente, a posse, é a ação que se há de propor.

Se, em vez disso, a transferiu e a turbou, ou esbulhou, a ação cabível é a de turbação, ou a de esbulho. Se a mulher, por exemplo, se opõe àposse pelo marido, a entrada na posse só seria possível através da justiça, saJvo se, excepcionalmente, pudesse haver, *in casu,* justiça de mão própria (sem razão, K. Cosack., *Lehrbuch,* II, 6º

ed., 562, que admitiu a tomada violenta; e G. Eianck, *BLlrgerliches* Gesetzbuch, IV, 114 s., que exigiu o pedido à mulher, previamente, ainda que se não haja esboçado oposição dela; contra ambos, com razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine TeU,* 1, 179, cf. R Oertmann, Das Besitzrecht des Ehemannes, *Jherings Jahrbdcher,* 44, 207

s.).

557

§ 581. Direitos de intromissão

1.

Intromissões na esfera jurídica *alheia.* Deparam-se-nos, nos sistemas jurídicos, casos de faculdades de entrar na esfera juridica alheia, que suscitam problema extremamente delicado: (Vais faculdades (a) limitam a esfera jurídica alheia, ou *(b)* apenas a esfera jurídica alheia é não-tutelada, de modo absoluto, contra essas incursões, que atingem bens alheios? Os juristas, que adotam *(a),* podem conceber o exercício da legítima defesa, ou do estado de necessidade, como exercício de direito de invadir a esfera jurídica alheia, de destruir ou causar dano a bem alheio: portanto, para eles, existe direito de legitima defesa,

direito de atuar em estado de necessidade etc. O argumento, que eles têm, para essa concepção, é o de que a conduta humana, em tais espécies, não écontrária a direito (H. Titze, *Die Notstandsrecht,* 27; A. von Tuhr, *Der Aligerneine Teu,* 1, 180).

Também se põem no rol dos direitos de intromissão *(Eingriffsrechte)* o de quem gere a coisa alheia *(negotiorum gestio),* como se o *animus negotia gerendi* lhe desse a faculdade de introduzir-se na esfera jurídica alheia, como direito, e o de quem tem a faculdade resultante de *permissão* do titular dos direitos (E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 99, 104 s. e *47* s.).

2.

Explicação científico do que se passa. Há em tudo isso confusão, grave, entre mundo fático e mundo jurídico. Não há direito ao ato sempre que se retira ao ato a contrariedade a direito. Nem tudo que é permitido é objeto de direito. Se o ato de legitima defesa não é contrário a direito, isso se passa no mundo fático: o ato, que, se não fosse em legítima defesa, seria ilícito, deixa de o ser porque, sendo em legitima defesa, não é contrário a direito. Quer dizer: não entra, como ato ilícito, no mundo jurídico. Pode dar ensejo a reparação (art. 1.520, parágrafo único); porém, ai, o ato entra no mundo jurídico como ato-fato e o dever de reparação mostra que não havia, na espécie, *exercício* de direito. O mesmo raciocínio calha em se tratando de ato praticado em estado de necessidade (arts. 160, II, 1.519 e 1.520). Quanto à gestão de negócios, a gestão iniciada contra a vontade manifesta, ou presumível do interessado, é ato-fato ilícito (arts. 1.332 e 1.333); e a gestão que não foi contra a vontade do dono do negócio, ainda presumível, nem se inclui na espécie do art. 1.338, ou semelhante, é ato jurídico *stricto sensu,* e não exercício de direito. Quanto à *permissão,* ou ela se mantém no mundo fático, ou entra no mundo jurídico e, então, não se trata de simples permissão.

§ 582. Divisibilidade dos direitos

1.

Direitos divisíveis. Os direitos são *divisíveis* quando é divisível o seu objeto e isso não importa em divisão da relação jurídica. *As relações jurídicas são indivisíveis.* Só se pode pensar em divisão dos objetos e dos direitos, porque ir-se além implicaria a divisão de relação jurídica. Por isso, se A e B compraram a C dez prédios, não podem C, nem A, nem B, nem A e B, nem A, B e C, criar duas, ou dez relações jurídicas de venda e compra por *divisão* da relação jurídica, nem propor a resolução ou rescisão somente quanto a um prédio, ou dois, ou mais, ou mesmo nove, porque a resolutividade por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único), ou a rescisão, por vício da coisa, atingiria a relação jurídica, que éindivisível. Dá-se o mesmo quanto aos direitos formativos geradores, modificativos, ou extintivos, se concernem à relação jurídica em si, e não a algum efeito.

Nas comunhões simples, a divisão pode dar-se pelas *ações de divisão* da coisa, indo uma parcela a um dos titulares e outra a outro, como coisas distintas, até onde o permitam as leis de direito público *(e.g.,* até x metros de frente por y de fundo). Nas comunhões unitárias, dá-se a partilha, ou se dão a partilha e a divisão.

2. *Prestação divisível.* Se a prestação é divisível, o crédito também o é, salvo se a relação jurídica seria atingida.

Se algum ato do credor discrimina as parcelas, como se cede o crédito quanto à prestação *a,* esse crédito e o restante são direitos autônomos. A interrupção da prescrição somente quanto a parcela, ou parcelas, não atinge a prescrição da outra ou das outras. Se há hipoteca, quanto a crédito de prestação divisível, a divisão do crédito implica a da hipoteca.

§ 583. Direitos formados e direitos formativos

557

1.

Formação de direitos por direitos. Há direitos formados e direitos

formativos. O direito do proprietário é direito formado, bastante em si, e recai sobre coisa. O direito do titular do pátrio poder é direito formado, bastante em si, e concerne à pessoa. Assim, também, o de autor da obra científica, ou literária, ou da invenção industrial. Há os direitos formativos que tendem à criação (direitos formativos criadores, ou geradores), à modificação (direitos formativos modificadores), ou à extinção de direitos (direitos formativos extintivos). Aos direitos formados chamou-se "direitos de governação" (L. Enneccerus: *Beherrschungsrechte),* ou de senhoria (A. von Tuhr: *Herrschaftsrech te)*. Ernst Zitelmann dava aos direitos formativos o nome de "direitos de poder"

ou de "potestade" *(Rechte des Kõnnens),* direitos potestativos. Em livro que noutros assuntos prestou tão preciosos serviços à ciência do direito, *E* Langheineken *(Anspruch und Em rede,* 2) incorreu na dupla falha de reduzir a faculdades os direitos formativos, e só aos direitos formados chamar direitos subjetivos, retirando àqueles o serem subjetivos, posto que formativos. Por sua vez, A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teu,* 1, 63, nota 24) escreveu que os direitos formativos não têm objeto, salvo se se quer conceber como objeto a pessoa, ou a coisa, contra quem ou sobre a qual existe a possibilidade de se constituir o direito, ou o mesmo direito que há de ser modificado. Ora, o objeto do direito formativo — dito também direito de configuração ou constitutivo *(Gestaltungsrecht)* — é a formação geradora, ou modificadora, ou extintiva: direito à prática de ato, que gere, modifique, ou extinga.

2.

Exercício dos direitos formativos. Há direitos formativos, dissemos. São, em verdade, direitos. Ou esses direitos se exercem ***a)*** por meio de declaração ou manifestação de vontade, formal ou não-formal, como o direito de resolução e o de denúncia; ou 1,) mediante a prática de certo ato, como o direito de caça ou de pesca, quando é direito a formar direito (L. Enneccerus, *Rechtsgeschãft, Bedingungen und Anfangstermin,* 602 **S.);** ou *c)* mediante sentença constitutiva, como o direito de separar-se judicialmente; ou *d)* com a declaração de outra autoridade pública que a judiciária, tal como acontece com as licenças de exportação, se a lei prevê todos os casos em que hão de ser dadas. Sem qualquer manifestação ou intervenção de vontade, como se ocorre a condição ou termo para o fideicomissário receber a herança, ou de ato-fato, o direito é expectativo, porém não formativo.

(a)

São *direitos formativos geradores* os de adquirir direito mediante ato positivo ou negativo do titular, como o de aceitar a oferta de contrato que se lhe fez, ou de apropriar-se de alguma coisa em virtude de permissão. Não são subclasse deles, mas outra classe, os *direitos expectativos,* para os quais algo falta para qu~

outro direito, de que ele é direito prévio, exsuija. São aqueles que se dirigem à aquisição de direito sem ato adequado de aquisição, se alguma circunstância, ainda incerta, ocorre; ***e.g.,*** o direito do outorgado na transmissão sob condição suspensiva, o do alienante (ou do fiduciário) na transmissão sob condição resolutiva (ou consolidação da propriedade fiduciária).

(b)

São *direitos formativos modificativos* aqueles direitos *àmodificação* ou à *precisão* (que modificação seja) de relação jurídica existente, sem se eliminar a identidade; como a denúncia para o fim de se vencer a dívida, o direito de escolha nas obrigações alternativas. O direito ao cargo público, daquele que foi nomeado, ou eleito para ele, é direito formado; o direito à eleição passiva, ao acesso aos cargos públicos e à inserção nas listas de candidatos são direitos formativos geradores, e não modificativos. Por isso, o que está em estado de satisfazer os pressupostos do concurso pode pedir inscrição do seu nome. Também não são direitos formativos modificativos o de optar pelo cargo de senador ou de deputado, se foi eleita para os dois a mesma pessoa, e o de optar pelo cargo *a* ou pelo cargo *b;* porque, nesses casos, se suprime uma das relações jurídicas.

(c)

São *direitos formativos extintivos* os que tendem a desfazer eficácia juridica já produzida, ou relações jurídicas básicas (= desjuridicizá-las). Porém nem toda faculdade de extinguir direito, pretensão ou ação é direito formativo extintivo. É preciso, para que tal direito ocorra, que a faculdade seja *conteúdo* dc direito. A renúncia à propriedade (art. 589,11) e o abandono da propriedade (art. 589,111 e § 2º) não são exercício de direito formativo extintivo, nem o abandono de que tratou a Lei nº 370, de 4 de janeiro de 1937, arts. 12 e 2º. A faculdade, aí, não foi juridicizada *antes;* o que é suporte fático da perda do direito é o *ato* com que se exerceu ela, e não a faculdade mesma. Não viu isso, no seu tempo, A. von Tuhr *(Der Alígerneine Teil,*

1, 195 s.**);** donde as afirmações errôneas de todo o seu parágrafo sobre "direitos negativos".

Às vezes, ao direito formativo extintivo junta-se direito formativo gerador ou modificativo; ou ao efeito daquele, efeito gerador ou modificativo. Com a resolução, em virtude de exercício de direito formativo gerador, surge a pretensão à restituição das prestações pagas.

557

3.

Precedentes da investigação científica. Nos séculos passados, os juristas percebiam a existência de direitos formativos; não os isolavam, nem lhes apontavam a classe. Aqui e ali, falava-se de direito a adquirir. Já em 1889, L. Enneccerus *(Rechtsgeschãft, Bedingungen und Anfangstermin,* 600 s.) dera uma dúzia de exemplos. Depois, Ernst Zitelmann *(Internationales Privatrecht,* II, 32 s.) colheu o conceito dos direitos potestativos, dos "podedireitos" *(Kannrechte),* dos direitos de poder jurídico *(Rechte des rechtlicl-ien Kõnnens),* que 1(. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 215) adotou, forjando-lhes o nome, ambíguo, de "direitos às modificações jurídicas" *(Rechte auf Rechtsánderungen).* Foi E. Seckel *(Die Gestaltungsrechte,* 205 s.) quem lhes deu, em 1903, o de *direitos formativos.* O conceito de Ernst Zitelmann pôs fora os direitos a adquirir sem ato do titular; e o mesmo aconteceu ao conceito de E. Seckel, com a vantagem, para esse, de poder servir o nome a conceito mais largo.

4.

Classes de direitos formativos examinados em relação a outros direitos. Alguns direitos formativos são transmissões a causa de morte; outros não no sao. Uns são sós, como o de caça; outros unidos a outros, como o de escolha na obrigação alternativa. Uns só se exercem pessoalmente, como o de separar-se judicialmente.

Outros o podem ser por intermédio de representantes. O direito de pedir a anulação das declarações de vontade por erro, dolo ou violência é direito formativo extintivo, transmissível a causa de morte

e exercível por meio de representante. Essa classificação aclarou, profundamente, o fato da desconstituição da relação jurídica anulável.

Também quanto aos atos jurídicos nulos, pois que eles existem, têm de ser desconstituídos. A concepção deles, romanística, como atos iguais aos inexistentes, traria dificuldades, como, a respeito de alguns, a necessidade do processo ordinário e, a respeito de outros, certa evidência de existir, pelos efeitos.

5.

Esgalhamento de direitos. Se não há um só direito, mas entrelaçado de direitos, provindos da incidência da regra jurídica em suporte fático, a relação jurídica é que permite o esgalhamento de direitos, uns formados, outros formativos. Tal o que se passa com a relação jurídica de ser membro da sociedade A, que contém e produz direitos como o de dividendos, o de eleger dirigentes e ser eleito, o de abatimento nos preços etc.

6.

Se as exceções são direitos formativos. Quanto às *exceções* de direito material, que se parecem com os direitos formativos extintivos, têm elas a característica de serem oriundas de direitos contra outros direitos, direitos pelos quais alguém pode opor-se aos direitos de outrem, para lhes mostrar a eficácia diante daquela que levaria o excipiente a prestar ao excetuado. Se há a exceção, mas há outra razão do excetuado para se opor, a seu turno, a exceção, tornando incólume a eficácia do seu direito, — diz-se que há *réplica.* E problema técnico de certo porte saber-se, também ai, se cabe falar-se de direitos formativos extintivos. Uma coisa éa existência, a formação, a *Gestaltung,* dos direitos, e outra, a irradiação da sua eficácia. Desce-se, então, e tem-se de descer, a questão de ser *desconstituível* ou simplesmente *declarável* a eficácia. Assim, em rigorosa lógica, é que se haveria de pôr a discussão, o que não foi feito. No seu sempre memorável estudo, E. Seckel *(Die Gestaltungsrechte,* 216) notou que a exceção não destrói a pretensão; donde não se poder considerar extintivo o direito da exceção. Ao que r□dargúiu L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 159, nota 15): não se destrói a pretensão, porém produz-se modificação dela, uma vez que se lhe paralisa o efeito, ou se torna ineficaz a pretensão. O

assunto merecia maior trato por parte dos juristas alemães; as suas soluções foram simplistas e *a priori.* A exceção refere-se à certa eficácia, e só a ela; há eficácias que se não encobrem com exceções.

Temos, portanto, de primeiro investigar os fatos da vida jurídica, no tocante à eficácia em geral. Se a ineficácia é decorrente de nulidade, anulação, ou rescisão, ou outro fato extintivo, ou modificativo, sem cujo julgamento, ou postulação, ou sem cuja prática não haja ineficácia, claro que não se pode falar de direito à exceção, salvo, em casos raros, secundariamente. Não seria nesse terreno de direitos misturados, ou unidos, que se poderia discutir o problema.

Às vezes, a ineficácia e, por si mesma, independente do exercicis de algum direito, pretensão, ou ação, como se se trata de venda e compra de coisa alheia, ou de fraude ã execução (ComefltáriOs ao *Código de* Processo Ciuil *de 1939,* VI, 88 e 114 si, ou de disposições de bens penhoradost arrestados, ou sequestiados nº, 30 s. e 50 **5.;** VI, 169 s.), ou de disposição da coisa litigiosa (VI, 349 s.) ou de bens gravados (IV, 50 s), ou de ato relativamente ineficaz, em período pré-falencial. Urna vez que nada há a desconstituir-se, o ser ineficaz é o objeto de declaração negativa da eficácia. Seria contra a lógica e o direito que se considerasse direito formativo extintivo o de se alegar a ineficácia. Posto assim, em termos gerais, o problema, e obtida a primeira respostas pode-se passar às exceções; mas logo se percebe, que se tem de examinar cada espécie. Qualquer resposta

priori seria arriscada. O ser dilatória ou peremptória a exceção não vem ao caso. Nem o conceito romanisticO

que demarcava as exceções e as causas liberatórias. No sentido do direito material, nos sistemas jurídicos contemporâneos, exceções são exercido de direitos que correspondem ao devedor e não excluem o nascimento nem a existência do direito, pretensão. ação ou exceção do titular do outro direito. Há direito frente a direito, porém somente no plano da eficácia deles. Resta saber-se se todas as exceções são alegações de existência dos

efeitos, ou de algum ou alguns efeitos; ou se as há que *tirem* efeito ou os efeitos. Ai está o ponto. Sem se responder, precisamente a isso, toda afirmação a propósito de serem, ou não, direitos formativos extintivos as exceções, é temerária antecipar-se-ia à investigação A prescrição é exceção, porém não se *nega,* por ela, direito, pretensão e ação; e prescrição não se constitui, declara-se: prescrição foi, ou não foi; se o devedor pode alegá-

la, ou deixar de alegá-la, não tem importância há *quaestiones*

praeiudiciales e defesas, objeto de declaração, que podem ser alegadas ou se deixar de alegar). O erro, a violência e o dolo não são objeto de exceções. Nem a compensação, que concerne aos direitos, e não só *à* eficácia. Na *exceptio rei* uenditde *et traditae,* só há declaração de posse, embora se aluda a direito ou pretensão à transferência da propriedade. A exceção do direito de retenção não pede que se constitua: o reter é exercê-lo; a alegação e para que se declare que existe a relação jurídica a que corresponde o jus retentiofliS. Nas espécies de retenção por despesas *(e.g.,* Código Civil, art.

1315), também não há constitutividade, posto que somente suja *o* crédito de reembolso na ocasião do pagamento ou do pedido. Da regra *Dolo facit qui petit quod* redditurtLs *em* tirou-se que o devedor, em relação jurídica nula *(e* .g., por ilicitude), ou sem causa, pode usar de exceção. A despeito de assim pensa-tem os juristas alemàes, devido à flácida concepção das exceções, com que se lhe macula o Código Civil, não há, aí, exceção, tanto quanto não no é mais a *exceptio* compeflsatioflis. O que, tratando-se de negócio jurídico nulo, se alega, para não se pagar, é a nulidade, e essa depende da ação, ainda que não haja rito ordinário ou especial. O

devedor deixa de pagar porque nulamente deve; e a seu risco. Os §§ 821 e 853 do Código Civil alemão levaram a doutrina ao erro. O direito do devedor é, ai, o de ser desconstituida a relação jurídica (direito formativo extintivo, e não exceção). Aliás, se a nulidade é decretável independentemente de "ação", a exceção seria inútil: a defesa bastaria. Se, apesar de ser nulo o negócio jurídicos se permite a forma de exceção, há precipitação *no forma:* autoriza-se, antes *da sentença,* a decretação da nulidade, que, *ex hypothesi,* teria de ser na setenção.

(Note-se a diferença entre ser exceção e postular-Se *ope exceptionis-)* Também se fala de exceção de redibição ou de diminuição de preço e a causa dessa titude também está no Código Civil alemão, § 478, que concebe a exceção; mas, aqui, o assunto merece trato à parte, mais tarde.

§ 584. Direitos formativos arbítrio

1. *Faculdades no mundo fótico e direitos formativos-* Até há pouco, a ciência do direito não havia logrado discriminar precisamente a linha que separa os direitos formativos e o arbítrio, o poder jurídico e o poder que ficou livre, *fora do direito.* Deficiência de aprofundamento da lógica aplicada foi responsável por isso. Quando o arbítrio se exerce sem manif ?stação de vontade, que tenha de ser retirada, ou que vá contra outra, o problema ésimples, e quase não merece alusão. Tudo se passa no mundo fático, *sem contacto com o direito,* que dê ensejo a dúvidas sobre se tratar de arbítrio, ou de faculdade jurídica, ou de exercício de direito, pretensão, ação, ou exceção. O problema toma aspecto de relevo, quando se faz a pergunta: tPoder de revogar é fático ou jurídico?

(= ~Existe direito, pretensão, ou ação de revogação, que seja exercível para a *destruição* de relação jurídica?) termina quando cessa de ser suficiente o suporte fático permanente. Nem o direito romano nem o direito contemporâneo pensaram em *modus rescindendae donation is,* a que chamassem *revocatio.*

A declaração de vontade, integrada, ou não, por sentença, conforme cada sistema jurídico, opera contra o suporte fático do negócio jurídico da doação, de jeito que, desfalcado o suporte fático, é *corno se o* negócio jurídico chegasse ao seu último dia de prazo.

A resposta exige que se analisem as espécies. A revogação da oferta passa-se no mundo fático. Dá-se o mesmo com a revogação da declaração unilateral de vontade contida na promessa de recompensa. A revogação da doação é abreviação de "revogação da declaração de vontade de doar". É ineliminável, no instituto, o elemento histórico. As doações eram revogáveis em virtude do direito comum romano; porém a construção era a de nova declaração de vontade, que subtraia a de doar, de modo que o bem ficaria em poder do donatário sine *causa:* de revogação, e não de rescisão, nem de *nullitas* se cogitou, porque, à semelhança do que se passa com o testamento, se supunha a *permanência da vontade.* Esse ponto é extraordinariamente importante sempre que se trata de revogação; ou quem emprega o termo confunde revogação com decretação de nulidade, anulação, rescisão, resolução, resilição, ou denúncia. Ora, nem a revogação da doação faz o negócio jurídico *ab initio nulium,* nem o anula (conceito estranho à técnica romana), nem o rescinde, nem é (posto que produza) *condictio sine causa:* a confusão é lamentável, através dos maiores romanistas, por se repetirem uns aos outros. Todos partem de enunciado falso que

se contém no conceito de direito de revogação *(Widerrufsrecht)*. Ora, "direito de revogação" não existe. O arbítrio de revogar a oferta, ou a promessa de recompensa, ou o testamento, não é direito, nem pretensão, nem ação constitutiva negativa. A revogação da doação exige a integração da declaração

de vontade pela sentença, porém seria erro dizer-se que se trata de ação constitutiva negativa (de nulidade, ou anulação, ou rescisão, ou resolução, ou resilição, ou denúncia). A ação não desconstitui o negócio jurídico da doação; a ação integra a declaração de vontade negativa da *VOX:* nega-se a continuidade do suporte fático; não o negócio jurídico. O negócio jurídico deixa de ser porque.

2. *Revogação.* O mesmo, tirante a integração sentencial, ocorre com a oferta, o mandato, a assinação, o testamento. Oferta mandato, assinação e doação podem ser revogados, se são revogáveis (tautologia): fica ao arbítrio do que pode revogar; não há direito de revogação, nem renúncia à revogação (somente poderia ser renúncia ao direito de revogação, *o que* não *existe)*. O testamento, esse, é sempre revogável para a revogação requerem-se os pressupostos materiais e formais que se exigem ao testar.

Capítulo IV

Nascimento, Modificação, Transferência e Extinção dos Direitos

§ 585. Nascimento, modificação e extinção dos direitos

1.

Relações jurídicas, surgimento, modificação e extinção. As regras jurídicas, incidindo nos suportes fáticos, apanham relações entre pessoas; e fazem-nas *jurídicas.* A relação jurídica suscita o nascimento,

a modificação, ou a extinção de direitos; porém a relação jurídica, que os faz nascer, modificar-se ou extinguir-se, não fica, para sempre, no mundo: os direitos, que nasceram, ou se modificaram, como efeitos das relações jurídicas, podem sobreviver a elas, como sobrevive à relação jurídica entre mim (ocupador da coisa) e a sociedade o direito, que nasceu com ela, e passou a outro, mediante a relação jurídica de venda e compra entre mim e o comprador, que assim aparece na relação jurídica cujos termos são o adquirente e a sociedade.

Entre o fato jurídico (suporte fático + incidência) e a eficácia jurídica, nada há de permeio, salvo se se insere termo ou condição, ou elemento complementar do suporte fático. A eficácia figura, logicamente, como *consequência* do fato jurídico. É erro dizer-se que a causa ou fundamento é o suporte fático e consequência a eficácia. Antes da incidência, ou sem a incidência, o suporte fático ou é estranho ao mundo do direito, ou já é fato jurídico e tem a eficácia como tal, e não ainda como suporte fático sozinho, ou como elemento de suporte fático do novo negócio jurídico.

2.

Aquisição, transmissão e perda de direitos. Quando dizemos que alguém *adquiriu* um direito, aludimos a certa ligação do direito a esse alguém, ou seja temporária, ou definitivamente. Se dizemos que alguém o *perdeu,* referimo-nos à cessação dessa ligação.

Às vezes, a aquisição por uma pessoa coincide com a perda por outra; outras vezes, adquire-se, sem que alguém o perca, ou houvesse perdido, ou ocorre que alguém o perde sem que outrem o adquira. Adquirir direito é, não raro, adquirir direito *que nasceu* (nascimento e aquisição são, aí, coincidentes); perder direito é, por vezes, extinguir-se o direito (perda e extinção são, aí, coincidentes). Fora daí, a aquisição é derivativa, e não originária. Por onde se vê que os direitos se transmitem, sem que necessariamente percam a identidade.

§ 586. Modificações dos direitos

1.

Causas *de modificação.* Os direitos modificam-se por diferentes causas e em diferentes sentidos. Ou porque algo tenha ocorrido *a)* quanto ao sujeito, ativo ou passivo, deles, ou *b)* quanto ao objeto, ou e) quanto ao suporte fático sobre que incidira a regra jurídica, de jeito a criá-lo, ou *d)* quanto à regra jurídica. O conteúdo dele ora se amplia, ora se restringe, ora se transforma, ora se agrega ao de outro. Ora sobe, ora desce de grau, tal como se observa na passagem a grau superior dos direitos reais de garantia, ou na incutsão em mora dos devedores, e na prescrição, ou no surgimento de exceções, ou na descida de grau de preferência. Ora muda o

sujeito ativo (titular do direito), ora o sujeito passivo, ora se dá comunhão *pro indiviso* ou *pro diviso,* ou solidariedade, correalidade, ou aparição de outro titular ou obrigado. A respeito é preciso ter-se em vista que o direito é o seu *conteúdo* e o seu campo de exercício, porém são mudáveis os titulares e sujeitos passivos, continuando *idêntico* o direito. Se, com a mudança dos titulares, ou dos sujeitos passivos, há mudança do direito, é problema *a posteriori* (O. Fischer, *Das Problem der Identitát und der Neuheit,* 3 s., 29 s.), o que põe de lado, por ser falsa questão, a da implicação ou não-implicação *(a priori)* da extinção e constituição de novo direito se há mudança do sujeito, e nada tem com a mudança (implicada) da relação jurídica. A afirmativa *a priori* de que o direito muda com a mudança do sujeito ativo, ou do sujeito passivo, não era verdadeira no direito comum, nem no é no direito contemporâneo; porque não no era em teoria geral do direito: a relação é que, salvo regra jurídica especial, é entre termos (sujeito passivo) ativo e e pois, logicamente, é nova a cada termo novo o direito é nome que se dá a *conteúdo* de efeito, é efeito, e pois idêntico *enquanto* e *só enquanto* é idêntico o seu conteúdo.

2.

A que são relativas as *modificações.* As modificações relativas aos direitos (evitemos dizer: as modificações dos direitos) ou são *a)* no tocante aos seus titulares ou aos seus sujeitos passivos (mudança por substituição do sujeito, por um ou mais, ou por formação de comunhão divisa ou indivisa, ou em solidariedade, ou adição); ou *b)* pela alteração, aumento ou diminuição do seu conteúdo; ou *c)* por acidente à sua eficácia (expansão quanto a terceiros ou *erga ornnes,* melhora ou piora de grau, ou encobrimento de eficácia, como se dá

com as exceções).

A mudança subjetiva atinge a identidade da relação jurídica básica, não a do direito. A respeito desse, tem-se por vencida a opinião de J. E. Kuntze (1856), acolhida por B. von Salpius *(Novation und Delegation,* 345 s.), J.

G. Mansbach *(Der Niessbrauch an Forderungen,* 14), E. R. Bierling *(Zur Kritik der juristiscben Grundbegriffe,* II, *94),* C. Neuner *(Wesen und Arten der Privatrecbtsverbc5ltnisse,* 166 s.) e outros. A nota 2) de Adolf Exner *(fie Lebre* voai *Rechtserwerb durch Tradition,* 1-3) foi a critica inicial e decisiva. Deve-se-lhe ter ferido esse ponto, sem, por certo, ter ido ao fundo, de ser *ideal* o laço do direito subjetivo, de modo que a objeção contra a permanência da identidade das relações, se mudam os termos, ou algum termo, não seria procedente tratando-se de *eficácia* dos fatos jurídicos. Em palavras nossas, diríamos que as relações intrajurídicas podem manter a identidade, se convém ao sistema jurídico, porque aí a inteligência humana dita a causação. Depois, no mesmo sentido, E. Zitelmann *(Irrtuni und Recbtsgeschãft,* 468 s.) *E* Regelsberger *(Pandekten,* 1, 442 s.) e os demais.

3.

Modificação do conteúdo do direito. A modificação do direito opera-se quando se lhe modifica o conteúdo, não quando se lhe muda algum, ou alguns, ou todos os sujeitos, ou quando só se lhe transforma a eficácia. A mudança de eficácia corresponde, quase sempre, à mudança de conteúdo; porém há mudança de eficácia, sem mudança de conteúdo e, pois, sem quebra da identidade do direito, e mudança de conteúdo, sem mudança de eficácia. Tem-se, pois, de manter sentido exato de qualquer um desses fatos e nomes.

4.

Volta de elementos do direito. Como as relações jurídicas, no tocante ã eficácia, os direitos também são modificáveis, sem perderem, portanto, a sua identidade. A modificação ou concerne ao direito mesmo, ou a pretensões, ou a ações, ou a exceções, ou apenas à eficácia. Rigorosamente, não há modificação do direito quando só se lhe modifica pura eficácia. Não é modificação do direito a volta de algum elemento que serviu ao suporte fático de outro direito *(e.g.,* se

se extinguiu o usufruto, ou a locação, ou se o herdeiro, a quem a posse da herança vem pela saisina, toma posse material, fática, da coisa; sem razão, A. von Tuhr, ***Der*** *Aligemeine Teil, II,* 97). A eficácia, ainda que somente a respeito de terceiros, qual a que se obtém com o registro, não é modificação aumentativa do direito, nem é modificação diminutiva o cancelamento do registro. Tudo só se passa no plano da eficácia. Quanto aos direitos reais, não: o Código Civil exige o registro do título de transferência para que se adquira a propriedade imóvel (arts. 530,1, 531-535), e a renúncia (art. 589, § 1º) tem de ser registrada; os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro dos títulos respectivos no registro de imóveis (arts. 676, 530, 1, e 856). O registro tem, aí, eficácia *criativa* ou *extintiva* de relações juridicas e de direitos, e não só criativa ou extintiva de eficácia. Vamos aos exemplos. O

regime matrimonial de bens começa desde a data do casamento (= desde o instante imediatamente após ao em que se ultimou o casamento) e é irrevogável (art. 230). Em todo o caso, *no plano da eficácia,* no tocante a bens imóveis, tendo havido convenção antenupcial, é preciso, para que a eficácia se opere em relação a terceiros, que se registre no Registro de Imóveis (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167,11, 12)), salva aos cônjuges a *exceptio dou.* O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, ainda se resulta de

caso fortuito, ou de força maior, se ocorreu durante o atraso, salvo se o dano sobreviria ainda se tivesse sido cumprida, oportunamente, a obrigação (art. 957). A eficácia, aí, não é reforço do crédito, que antes se extinguira pela impossibilidade fortuita; é eficácia da mora, da pretensão às consequências da mora. Dá-se a *perpetuatio obligation* is, expressão com que as fontes romanas revelavam não terem distinguido, como fora mister, a *obrigação principal,* que se não satisfez, correspondente à *pretensão principal,* e a obrigação pela mora, que corresponde à *pretensão pela mora.* A mora ocorre por fora da relação jurídica da pretensão que não foi satisfeita. Por exemplo, os juros da mora são eficácia da pretensão da mora; os juros do empréstimo, eficácia da pretensão do contrato de mútuo. Por isso, ainda que não se estipulam juros moratórios, é obrigado a eles o devedor que incorre em mora (art. 1.064).

5.

Modificação de grau no registro. A modificação de grau no registro, ou porque se haja cancelado anteriormente, em virtude de sentença judicial, ou porque o direito, antes registrado, tenha sido renunciado, ou por outro modo tenha desaparecido, apenas atinge a eficácia. Tampouco é modificação do direito a obtenção de eficácia *erga omnes,* ou conta terceiros. A ampliação do direito é modificação dele; não assim a formação de outro direito que se lhe junte: a servidão de passagem pelo prédio B, a favor do prédio A, não se estende ao prédio C, nem se amplia; nasce outra servidão que espacialmente se junta, ainda em continuidade perfeita, à anterior; são duas servidões justapostas. Dá-se o mesmo se A e B contratam que a taxa será maior do que haviam estipulado: o excesso é conteúdo de outro crédito.

A diminuição da prestação principal ou das prestações acessórias é modificação do direito: nem sempre se poderia pensar em novação, ou extinção de um crédito e formação de outro. A extinção, parcial ou total, do direito acessório não modifica o direito principal.

§ 587. Eficácia das modificações

1.

Conteúdo da relação jurídica. As modificações dos direitos são modificações das relações jurídicas. Já essa proposição liminar nos livra de certos erros a que atitude ontológica nos exporia. O *conteúdo* da relação jurídica pode *ampliar-se, restringir-se* ou *limitar-se* (atenção quanto à diferença entre os dois últimos conceitos: ali, a vontade e, aqui, a lei operam o encurtamento), ou transformar-se. A sua extensão pode aumentar, como se o crédito ou o direito real de garantia passa a mais alto lugar na escala dos créditos, ou se nasce pretensão nova, ou nova ação; ou diminuir, como se nasce exceção, ou *quiesce* pretensão ou ação, ou desce, na escala dos créditos, o crédito ou direito real de garantia. Além do conteúdo e da eficácia, pode ser atingido o *sujeito ativo,* ou, tratando-se de créditos, o *sujeito passivo.* Mas, aqui, surge a questão precípua de se saber se a sucessão é transformação da relação jurídica ou extinção de uma e simultâneo nascimento de outra.

2.

Discussão da matéria, na doutrina. (a) F. Regelsberger *(Pandekten,* 1, 445-446) chamou a atenção para a semelhança entre o ocaso da relação jurídica pela superveniência de algum fato e a transformação sem se extinguir. A transformação, dizia ele, pode atingir o sujeito ou o conteúdo da relação *(e.g.,* sucessão transíativa) e restringir ou limitar, aumentar ou diminuir a relação jurídica. Alguns casos são de retardamento (l-{emmung), ou, como preferia J. Kohler, "incapacidade de reação do direito", tal como ocorre se o devedor se torna insolvente, ou se cabe direito de retenção, ou de compensação, ou *exceptio non adimpleti contractus,* ou *beneficium excussionis,* ou *beneficium competentiae.*

Quando E Regelsberger entalhou a diferença entre a decretação da nulidade e o retardamento, afirmou que aquela tira o ser ao direito, e essa, não. A eficácia do direito sofreriá ali, e não aqui. Logo se percebe que não distinguiu, como devera *existência* e *eficácia.* (Porém ai já estaria o problema de se saber se as pretensões e as ações se devem considerar por si ou como eficácia do direito. Embora não seja esse o lugar para o discutirmos, observemos que se há de discutir, antes, se há pretensões e ações sem direito a que correspondam.) Seja como for, o gênio de F. Regelsberger não deu solução ao problema da quiescência dos direitos, das pretensões e das ações.

(b) 8. Windscheid empregou o termo *Abschwãchung,* debilitação, porque só lhe interessaram os casos de enfraquecimento, e não os de reforçamento. As obrigações naturais e as pretensões sujeitas a *exceptio* foram, para ele, os exemplos mais próximos. Incluiu também outros casos de "quiescência", ou de ineficácia contra

certas pessoas (no caso de direito real sobre coisa que o titular dele adquire, contra si mesmo).

Os direitos nascem e desaparecem. As pretensões e as ações também. Entre nascimento e morte, formação e extinção, há o periodo de vida, de *existência* do direito. Alguma ou algumas relações jurídicas se formaram, que persistem, até que se extingam. Não há terceiro conceito. Só há o dilema: existe, ou não existe a relação jurídica;

porqua mesmo a que existia e deixou de existir não mais existe e está, portanto, no segundo caso.

Partindo-se desse *to be or not to be,* sem o qual perturba-riamos, de início, todo raciocínio, ao encontrarmos relações (ou direitos, se preferem) ainda incompletas (ou ainda incompletos), ou ainda não de todo extintas (ou extintos), temos de tê-las (ou tê-los) como existentes. A existência não pode ser e não ser. O principio de contradição tem aí toda a sua incidência. ,~A que devemos, pois, a suposição de que há terceiro caso, que seria o existente-inexistente, o direito que morre e ressuscita etc.? Devemos tal suposição à defeituosa análise das relações em que se observam esses pretendidos terceiros casos.

Os juristas longe estiveram do indispensável rigor no estudo dos fatos a que se ligam os casos de incompletitude e quase-extinção da relação. Principalmente, falavam de direito sem separarem direitos, pretensões e ações. No caso de ação que "quiesce", já em Gaio (IV, 78) se sugeria que a ação, e não o direito, repousava, ou circunstâncias a faziam repousar *(quiescere action em). Quiesco, quiescere,* é do mesmo étimo que deu *quietus* e *tranquillus;* não alude a morte, mas à vida. O avéstico *saitis,* de que procede (Karl Brugmann, *Grundriss der vergleichenden Grammatik,* II, 280), significa "alegria".

§ 588. Disposição

1.

Conceito de disposição. Se a perda ou a modif:cação do direito emana de vontade do seu titular, ou de outrem, a quem caiba o poder de perder, ou de modificar, embora seja o titular quem perca, ou sofra a modificação, diz-se que há *disposição.* A disposição *(dispo-sinere,* sendo * *po* oriundo de *ab, abs, apo,* e não de *post)* afasta, voluntariamente; porque não é só pôr fora; é pôr, separando-se e separando de si mesmo. Dai não se tire que as disposições implicam declaração de vontade, erro a que foram levados, em parte pelo Código Civil, os juristas alemães: há disposições que não são declarações de vontade, como o ato de soltar pássaros ou animais bravios na fazenda arrendada, a transmissão de posse e o abandono da posse. Nem o dispor é sempre transíativo. E ato dispositivo o que importa no

afastamcnto ,de elementos do suporte fático para se const ituir outro direito a favor de outrem; *e.g.,* usufruto. Algumas vezes, é apenas ato de disposição da posse, como se dá com a locação de coisas. Outras vezes, o ato dispositivo está contido em ato de satisfação de dívida ativa: aceita A a prestação devida, ou outra que lhe tome o lugar *(dação em soluto)* e assim se extingue o crédito. A denúncia e o direito de resolução, ou de resilição, pois que atinge e diminui o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, ou a sua eficácia, são atos dispositivos; bem assim qualquer colaboração ou ato sozinho, em que se atribua a outrem, com retirada no patrimônio do agente, grau, ou preferência *(e.g.,* registrar, antes da hipoteca em que é credor, a hipoteca a favor de outrem, se só dependia da sua vontade fazê-lo diferentemente; passar para baixo dos créditos que hão de ser pagos hoje o seu crédito expondo-se a só ser pago outro dia). Idem, o mandato para dispor, a ratificação do ato dispositivo e o assentimento para disposição (art. 1.132; não a

"assistência"). O ato dispositivo só o é para quem dispõe; não para quem adquire. A terminologia jurídica entendeu que se excluiriam do conceito de disposição aqueles atos pelos quais a pessoa não retira do seu patrimônio, desde já, algum bem da vida; e somente por isso se não consideraram ato dispositivo o contrair dívidas e o prometer dívida: na venda e compra, que é consensual, o ato dispositivo apenas ocorre quando se dá a alienação da coisa vendida. Essa é a razão por que se pode vender a coisa alheia, e a venda só é ineficaz para o dono dela, que também pode vendêla e aliená-la (ato dispositivo); e por que se pode vender, duas ou mais vezes, a mesma coisa, sem que haja nulidade, embora só se possa transferir da coisa uma vez. Aí está o sentido estrito e rigoroso de disposição.

Para se poder dispor, é preciso que se tenha o *poder de disposição;* o poder de disposição não é necessário a quem apenas consensualmente contrata. Ato de disposição tem conteúdo, que não pode ser conteúdo de outro ato de disposição, salvo se a eficácia daquele se exauriu. Ao passo que obrigações diferentes podem ter o mesmo conteúdo. Foi isso que sugeriu à técnica jurídica tratar como classes distintas os negócios jurídicos e os atos reais de disposição. Os escriváes conhecem bem isso quando dizem que o vendedor "vendeu e traspassou".

Os negócios jurídicos e os atos reais de disposição podem ser praticados por outrem, em nome próprio, com o consentimento do interessado e com eficácia para esse: a procuração em causa própria para vender e transferir é

representação para vender e outorga de poder de dispor, em nome próprio.

2.

Espécie de ato jurídico. A disposição pode ser em negócio jurídico unilateral, ou em contrato, ou em ato-fato jurídico. A *alienação* (em sentido estrito, que é o de transmissão de direito entre vivos) supõe que o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, mude de sujeito ativo. O sentido romano era mais largo, porque abrangia aqueles destacamentos de elementos do conteúdo, que criavam direitos, e a derrelicção e a renúncia, que são, por cedo, disposição, e não são transmissão. O *gravame* é o direito formado com elementos do conteúdo de outro direito; ordinariamente, direito real. A *renúncia* é o retirar-se do direito, ou da relação jurídica, por meio de negócio jurídico: só tem efeito ***ex*** n *unc,* salvo se houve, por força da lei, transmissão de direito (herança) ou criação a cujo momento de aquisição *(e.g.,* se o terceiro do art. 1.039, antes da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, art. 44, recusava o que se estipulou a seu favor) se tenha de ligar a renúncia. Não há renúncia, se se trata de deixar de praticar algum ato tático, como abrir a janela dos fundos, apagar as luzes às dez horas, ou acendê-las, plantar árvores no terreno, criar patos e galinhas. Esses atos podem vir a ser suporte fático de atos jurídicos e surgirem direitos, pretensões, ações e exceções à omissão, ou prática deles, e correspondentes deveres e obrigações. O que se obriga, aí, não renuncia; renúncia pode haver, depois, por parte dos que obtiveram a obrigação de fazer ou de não fazer. Mas a constituição de servidão que consista em ato negativo é ato de disposição. A renúncia recai, às vezes, em direitos formativos ou em direitos expectativos. A perda de direito, que ocorreu por ato que não a teve por fim, não é renúncia. Discute-se se é de renúncia a relação jurídica pela qual alguém pré-elimina o nascimento de direito, pretensão, ou ação, ou exceção, se, sem essa pré-

exclusão, o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção nasceriam (= haveria suporte fático suficiente para que o fato jurídico se produzisse, e nele se contivesse, ou dele decorresse o direito, pretensão, ação ou exceção). Em verdade, de regra ainda se está no mundo fático.

3.

Disposição e atos jurídicos revogáveis. Se o devedor pede o depósito, para pagamento por consignação, pode, antes de o credor declarar que aceita, requerer o levantamento (art. 977). As leis de outros países, inclusive a alemã (§ 376, 1), empregam o termo "renúncia", para dizerem que cessa esse direito de requerer, se a ele renunciou o devedor: ai, diz-se, não há renúncia (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* II, 268); há irrevogabilidade do depósito, tal como se fala de "renúncia à revogação", a propósito de procuração (A. von Tuhr, *Die unwiderrujliche Vollmacht,* 56, nota 1). Essa tese se contagiou a outros juristas, e não houve, verdadeiramente, reexame do assunto, a ponto de à obra de L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, § 134) ter Hans CarI Nipperdey enxertado que não há renúncia nos casos em que, de antemão, ao constituir-se relação jurídica, se elimina o nascimento de direito que, sem tal eliminação voluntária, haveria de surgir posteriormente, citando A.

von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* II, 268 s.) *a)* O exemplo da procuração é que primeiro nos deve servir de material de estudo. Se os poderes são para atos dispositivos, o primeiro passo está dado para a disposição; se sobrçvém a irrevogabilidade, a disposição está, por bem dizer, determinada; qualquer outro passo já é do procurador. Tal possibilidade de disposição, que se abre com a procuração para ato dispositivo, dito primeiro passo, ou é disposição (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, JA Parte, 342, com posterior acolhida de Hans CarI Nipperdey), ou não no é (A. von Tuhr, Zum Begrif E der Verfúgung nach BGB., *Archiu for die ciuulistische Praxis,* 117, 199). Se o é, há renúncia de procuração para dispor; se não no é, há revogação. Se a irrevogabilidade faz disposição à procuração, então não há renúncia de revogação, e não há renúncia de procuração irrevogável, porque só se renuncia a direito, pretensão, ação, ou exceção; nem há revogação de irrevogabilidade. Temos, pois, que o segundo passo, a que aludimos (procuração irrevogável para dispor), é ato de disposição; a procuração revogável para dispor, ainda não no é; tem o mesmo caráter que a venda sem a transferência (abstrata) e sem poderes irrevogáveis para transferir. Assim, o marido não pode, sem assentimento da mulher, alienar, ou gravar bens imóveis (art. 235, 1) e o mesmo ocorre à mulher (art. 242, II), sendo que essa também não pode contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal (art. 242, IV). A procuração do marido para alguém vender o bem comum, ou particular do marido, é negócio juridico; outra procuração, ou o consentimento ou assentimento da mulher completará o complexo de poderes para a alienação ou gravame. Se o marido passou a procuração irrevogável, a cláusula de

irrevogabilidade é *anulável* (arts. 235, 1,153, 1ª parte, 147. 1, e 239, *verbo* "anulação"). Trata-se de ato de disposição, para o qual já seria preciso o consentimento ou assentimento da mulher. Se, em vez de ser o marido, foi a mulher que passou a procuração, sem cláusula de irrevogabilidade, para dispor, não infringiu ela o art. 242, II, mas já infringiu o art. 242, IV. *b)* Também se fala de "renúncia" à revogabilidade da promessa de recompensa (art. 1.514, alínea 2º, *verbis*

"renuncia o arbítrio de retirar"). Não há, aí, renúncia; há exclusão da revogabilidade, há conteúdo negativo da declaração de vontade. Não se dispôs de direito; criou-se direito. A arbítrio exclui-se, não se renuncia. Em renúncia alude-se a disposição. Dispõe-se de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção; não de arbítrio. c) A

espécie do art. 977 é mais sutil. O devedor pediu o depósitc e diz o art. 977 que, "enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as despesas respectivas, e subsistindo a obrigação para todas as consequências de direito". Não há dúvida que a *desistência,* no processo, é exercício de direito formativo extintivo (aí resolutivo, nossos *Comentários ao Código de Processo Civil de* 1939,111,1, 174 s.). Resta saber se o conteúdo do requeriaiento *(res in ludicium deducta)* é exercício de direito formativo tesolutivo (= se, com o depósito, houve disposição, ou algo como o segundo passo de que falamos acima). Cumpre que se nao confundam os dois atos, o de revogação e o processual de desistência. Esse, fora de qualquer dúvida, é resolutivo, e não revocativo. O ato jurídico de direito material há de ser considerado como ato dispositivo, desde que se tenha o direito de "revogação", aí, como direito formativo, em vez de como arbítrio. Portanto, é possível a renúncia, e o nome revogação seria impróprio. Pensaram em direito formativo E. Zitelmann *(Internationales Priuatrecht,* 1, 32), P. Oertmann *(Aligemeiner Teu,* 276), G. Planck *(Kommentar,* II, *1,* 505) e O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 653). Se é de direito formativo que se trata, renúncia pode haver. Contradição evidente foi aquela em que incorreu A. von Tuhr *(Der Aligemeine TeU,* 1, 164, nota 19), ao considerar direito formativo e, depois (II, 268), reputar impróprio o termo

"renúncia", que aparece no § 376, alínea 2º, 1, do Código Civil alemão. A contradição mais se acentua com o que diz, explicitamente,

à p. 270, nota 208. Tem o jurista de estar atento ao que contêm os conceitos. Se pensamos que existe, *aí,* "direito" de revogação, claro que temos de admitir "renúncia" à revogação; se reputamos revogação ato de arbítrio, não podemos pensar em renúncia, porque o ato, a que assim chamássemos, seria criativo de direito para outrem, e tão-só isso.

§ 589. Poder de dispor

1.

Titular do direito e poder de dispor; poder de dispor atribuído a outrem. Para o negócio jurídico de disposição é preciso que se tenha o poder de dispor, que é inconfundível com a capacidade, que é qualidade da pessoa, e não situação referente ao direito de que se dispõe. Há direitos indisponíveis e direitos de disponibilidade limitada. De regra, e não sempre, o poder de dispor compete ao titular do direito. As vezes, em virtude de negócio jurídico, surge em outrem que o titular do direito o poder de dispor. Outras vezes, a lei mesma o atribui a quem não é o titular do direito *(e.g.,* axts. 235, *ex argumento,* 251, parágrafo único, II, 386, x *argumento,* 426, IV, 458, 1.754-1.755; Código de 1973, art. 990, 1), ou resulta do poder de representação dos absolutamente incapazes.

2.

Limitações de dispor e *restrições de dispor.* O titular do direito pode estar sujeito a limitações *de dispor* e a *restrições de dispor, e.g.,* respectivamente, o menor de dezesseis anos e o dono do prédio com a cláusula d2

inalienabilidade; ou somente o pode exercer com efeito relativamente limitado, ou restrito. Tem poder de dispor relativamente limitado o que consta do registro de imóveis, mas foi averbada contra ele alguma decisáo"de retificação (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 137, II, 12)), ou registrada alguma penhora, arresto, sequestro (Lei nº 6.015, art. 167, 1, 5)), ou outra medida constritiva registrável, ou citação em ações, reais, ou pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel (Lei nº 6.015, art. 167, 1, 21». O negócio juridico não pode

limitar o poder de dispor, ainda relativamente; nem restringir, salvo em se tratando de clausulação permitida *(e.g.,* art.

1.723).

3.

Consequência da falta de poder de dispor. Se o que dispõe não tem poder de dispor, o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico de disposição, é sem eficácia. Obtém eficácia: *a)* se, em nome próprio, o disponente vem a adquirir o poder de dispor, como titular do direito *(e.g.,* art. 622, 2º parte: se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato"), ou *b)* se ocorre ratificação pelo titular do direito *(e.g.,* art. 1.343). As regras jurídicas concernentes à disposição pelo não-titular do direito também incidem quando se trata de disposição pelo titular do direito se o seu poder de dispor é limitado, se a limitação tem por fito a tutela de outrem, ou se o ato de disposição é ratificável (arts. 6º, 147, 1, e 148).

4.

Proteção da boa-fé e disposição. A proteção da boa-fé éresultante do *art.* 622, 2º parte, ou da fé pública do registro de imóveis (art. 530, 1, e 531). A boa-fé, nas espécies dos arts. 551 (usucapião de propriedade imobiliária) e 618 (usucapião de propriedade mobiliária) é elemento do suporte fático da usucapião; pode consistir, portanto, em se ter crido no poder de dispor daquele de quem provém o título. Cumpre, porém, advertir-se em que, se aquele, a favor de quem se dispôs, cria, erradamente, na existência do poder de

representação, não se lhe protege a boa-fé: quem cria ter adquirido de A, por ter B, falso procurador, alienado o bem imóvel, creu que B fosse procurador, e não pode invocar os arts. 530, 1, e 531; dec!arada a inexistência da procuração, C não tem por si a tutela da fé pública, nem a boa-fé que se protege no art. 551.

5.

Proibições de alienar. As proibições de alienar limitam o poder de dispor. Ou são legais, ou são judiciais.

Dizem-se proibições de alienar as que resultam de regra jurídica que torna indisponível, entre vivos, ou entre vivos e a causa de morte, o direito, que, segundo os princípios gerais de direito, seriam alienáveis. As inalienabilidades conforme os princípios gerais de direito, tais como a dos bens de uso comum do povo (art. 66, 1), a do usufruto (art. 717), a incessibilidade dos créditos segundo o art. 1.065, *verbis* "se opuser a natureza da obrigação", e a inalienabilidade devida a limite temporal do direito (arts. 647 e 1.734) não são proibições legais,

— são inalienabilidades primárias, e não em virtude de vedação. Se a disposição concerne a coisa cuja alienação é proibida por lei sem ser a favor de alguém, determinadamente, é *nulo* o ato de disposição *(art.*

145,11 e V). Se a coisa, por sua natureza, é inapropriável, ou inapropriável por outrem que a pessoa, o ato jurídico é inexistente. As proibições legais de alienar distribuem-se em duas classes: as que tutelam a comunidade; as que somente tutelam determinada ou determinadas pessoas. Dizem-se, respectivamente, *proibições absolutas de alienar; proibi*ções *relativas de alienar.* Alguns juristas procuram provar a inexistência de proibições relativas de alienar, com a sanção da ineficácia relativa (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III, 10, nota 67; Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6º ed., 234; Voss, Uber das Verhãltnis zwischen relativen Verãusserungsverbot und Vormerkung, *Jherings JahrbUcher,* 60, 331; e *6.* Planck, *Kommentar,* 1, 4º ed., 353), mas tantos foram os casos mostrados pelos investigadores que se teve de prestar maior atenção à categoria jurídica da ineficácia relativa.

Todo ato jurídico que viola a proibição de lei é nulo, salvo se a lei mesma estabelece outra sanção. Na dúvida, entende-se nulo. Não há pensar-se em convalescença, ou ratificação; nem há tutela da boa-fé. Mas a proibição de alienar pode não ter a sanção de nulidade. Se a proibição de alienar só tem por fito a proteção de alguma pessoa determinada, ou de determinadas pessoas, a disposição, que infringe a lei, é *ineficaz* quanto a essa, ou essas pessoas, mas eficaz quanto às outras (ineficácia relativa). Se essas pessoas, podendo, assentem, há toda a eficácia do ato de disposição. Também se dá a completa eficácia se a proibição cessa, ou se o direito protegido se extingue.

Conseqoências das proibições de alienar. A proibição relativa de alienar opera *ipso itsre,* como a proibição absoluta. Todavia, pode ser afastada a relativa ineficácia se assente no ato de disposição aquele a favor de quem a lei a concebeu. A regra jurídica sobre proibição incidiu; a ineficácia é que se afasta, pelo assentimento do que ela protegeu. A ineficácia resultante da incidência da regra jurídica sobre proibição relativa de alienar tem de ser alegada; não se pode, de ofício, declarar. Só a pessoa, ou as pessoas, a favor de quem se editou a regra jurídica, podem alegar a ineficácia relativa; não, terceiros. Só é ineficaz a *disposição;* de modo que é ineficaz o ato de transmitir, modificar, ou extinguir, não o negócio jurídico, de que o ato de disposição é adimplemento de dever ou obrigação. O contrato de venda e compra do imóvel que não pode ser alienado porque existe proibição relativa de alienação *(e.g.,* foi registrada ação pessoal repersecutória, Lei nº 6.015, de 31

de dezembro de 1973, art. 167, 1, 21), 2e parte) é válido e eficaz; a transmissão é que é relativamente ineficaz.

7.

Disposições proibidas. À técnica legislativa é livre atribuir àinfração da lei, direta ou indireta, a sanção de inexistência do ato jurídico, a de nulidade, a de anulabilidade, a de impugnabilidade, ou a de ineficácia relativa, ou absoluta. Qual dessas foi a adotada é questão de interpretação da lei. O *princípio da irrestringibilidade do poder de disposição* existe em todo sistema jurídico. Se o direito, pretensão, ação, ou exceção é suscetível de ser transferido, o poder de dispor é incólume à restrição pelos particulares. O que pode ocorrer é a limitação pela lei. Não importa se se trata de direito, pretensão, ação, ou exceção, pessoal ou real. Por exemplo: não se torna intransferível o direito do herdeiro porque ele prometeu ao co-herdeiro, ou ao testamenteiro, não no transferir. Há exceção ao princípio: o devedor pode estipular que o crédito contra ele não possa ser cedido (art.

1.065, *verbis* "a convenção com o devedor"). Discutiu-se se ttl j.acto torna incedível o crédito, ou apenas gera dever e obrigação de não no ceder. As consequências teóricas e práticas da distinção são enormes. Se o crédito se torna incedível, a incedibilidade opera contra terceiros, por se tratar, então, de qualidade do crédito, com todas as consequências em caso de abertura de concurso de credores ou em falência do credor que cedeu o incedível, e só o desconhecimento da cessão pode pré-excluir (em se tratando proibição convencional), a

favor do cessionário de boa-fé, a eficácia da qualidade convencionada. Se o crédito não se torna incedível (= se a convenção apenas opera no plano obrigacional), não há qualidade de incedível se apenas convenção proibiu a

cessão. No sentido da primeira opinião, 6. Planck *(Kommentar,* 1, 359) e O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 230); no sentido da segunda, P. Oertmann *(/illgemeiner Teu,* 422), Brúckmann (Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots, *Seufferts Blãtter,* 71, 437), L. Raape *(Das gesetzliche Verãusserungsverbot,* 171 s.) e Wdnschmann (Vom *pactum de non cedendo, Gruchots Beitrãge,* 54, 209).

Diz o art. 1.078: "As disposições deste titulo aplicam-se àcessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência." Portanto, o art. 1.065, *in fine.* O figurante que cria o direito pode convencionar a incedibilidade; e.g., o autor pode inserir no contrato de edição que o editor não o possa ceder (R Oertmann, *Alígerneiner Teil,* 422). Mas os direitos que vêm de outro titular, ou que continuam ligados, com a cessão, ao cedente, escapam à convencionabilidade da cessão. O que hipoteca o imóvel pode estipular a intransferibilidade da garantia hipotecária (= cedido o crédito, a hipoteca acaba), porém não tem eficácia real convencionar que a propriedade se torne intransferível. A incedibilidade da hipoteca é registrável. A proibição de alienar imóvel somente tem eficácia pessoal; é irregistrável. A cláusula de inalienabilidade inserta nas doações, nos testamentos e noutros negócios jurídicos gratuitos é registrável. A alienação, em tais casos, se pode haver assentimento ou ratificação pelo que estipulou, ou alguém por ele, é apenas ineficaz.

Se foi inserto o pacto de não-transferência e, registrável, foi registrado, a superveniência do termo final ou da condição resolutiva opera como se a transferência não tivesse havido, contra o que recebe o bem (6. Planck, *Kommentar,* 1, 360; cp. R. Schott, Ober Verãusserungsverbote und Resolutivbedingungen, *Festgabe for* Felix Dahn, 305 s.).

Vale a cláusula de restrição da alienabilidade do bem doado se para a alienação se exige o assentimento do doador (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 231). Não tem eficácia de restringir ***o*** poder de dispor a cláusula do contrato coletivo de trabalho pela qual se proibam

contratos divergentes (R Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 423; sem razão, Ph. Lotmar, *Arbeitsvertrag,* 776). Não há qualidade nova ao trabalho (indisponibilidade por outro negócio jurídico); o que os novos tempos acrescentaram ao contrato de trabalho foi a obrigatoriedade geral para os sindicalizados, *se* a *lei a cria.* Permitiram as Constituições que a lei a criasse.

§ 590. Proibição judicial de alienar

1. *Proibições judiciais.* A proibição judicial de alienar supõe a competência do juízo ou do tribunal para estabelecê-la. Não se confunde com a proibição legal de alienar, decorrente de ato judicial de começo de execução. São proibições judiciais: as que se produzem quando o juiz defere a venda (só) em hasta pública; as que resultam de registros preventivos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 5), 2! e 3! partes); a que éconsequência das arrecadações de bens do ausente ou de bens da herança (arts. 463-480, 1.591-1.594, Código de Processo Civil, arts. 1.142-1.158, 1.156-1.169), ou semelhantes *(e.g.,* Código de Processo Penal, arts. 125-133, 136-144). A hipoteca legal não importa proibição judicial de alienar, e sim proibição legal.

2.

Eficácia da proibição judicial de alienar. As medidas judiciais que têm a eficácia de proibição judicial de alienar operam contra quem quer que as conheça. Para se lhes estabelecer a eficácia *erga omnes,* há dois caminhos: o edital e o registro preventivo. Se não houve aquele, nem esse, o conhecimento pelo que adquiriu o bem, cuja alienação fora proibida, pode ser provado pela intimação, citação ou notificação, que se lhe fez, ou por outros meios de direito. Se o juiz decretou o arresto dos bens do devedor (Código de Processo Civil, arts.

813-821), ou outra medida constritiva, e, a despeito disso, foi vendido o bem a quem não sabia da existência do arresto, o comprador faz-se proprietário, com o registro do título, em se tratando de imóvel, ou pela tradição, ou pelo constituto possessório, se foi alienado móvel. Se sabia da arrestação do bem imóvel, o registro opera a transferência; mas é retificável o registro pela ação de retificação, cumulada à de

ineficácia do acordo de transmissão por falta, no vendedor, do poder de dispor. No direito brasileiro, tem o credor, além disso, a ação por ato ilícito contra o vendedor e comprador (arE 159). Se sabia da arrestação do móvel, não se dá o mesmo; a ação é apenas a de decretação da ineficácia do título (cp. art. 622).

3.

Registro preventivo e *registro provisional. O registro* preventivo ou simplesmente provisional da medida judicial estabelece a sua publicidade e, pois, a eficácia *erga omnes.* Após ele, qualquer outorgado não ad4uire, pelo efeito *negativo* da fé pública, que tem tal registro.

557

Os registros por início de execução (art. 167,1, 5), 1ª parte) e os regsitros pre&entivos do art. 167, 1, 5), 2! e 3!

partes, e 1, 21), 2! parte, da Lei nº 6.015, por se tratar de simples eficácia da execução, ou da cautela ao direito pessoal, não criam direito real, nem fazem real o direito prctegido. No registro provisional do art. 167, 1, 21), 1!

parte, e averbação do art. 167,11,12), da Lei nº 6.015, há referência a direito real, sobre que se discute: o registro estabelece inalienabilidade relativa. No registro preventivo, há inalienabilidade relativa "qualificada" (L. Raape, *Das gesetzliche Verâusserungsuerbot,* 109).

Cumpre, ainda, observar que os registros preventivos do art. 167,1, 5), 2! e 3! partes, e 1, 21), 2! parte, não criam fé pública do registro; porque a fé pública se limita aos negócios jurídicos que se registram.

§ 591. Transferência de direitos

1.

Transferibilidade e intransferibulidade. Os direitos são efeitos; o sistema jurídico tem toda a liberdade em considerá-los transferíveis, ou não. Se transferíveis, o fato da sua transferência não implica a da relação jurídica, razão por que não se há de levantar o problema lógico da identidade das relações jurídicas quando se transferem direitos. Direitos são efeitos; e tais efeitos consistem em situações ativas dos sujeitos, de modo que o sistema jurídico pode admitir que a transferência se dê, mantida a identidade do direito, a despeito da mudança subjetiva da relação jurídica (= mudança do sujeito ativo da relação jurídica). Identidade do direito, porém não identidade da relação jurídica.

2.

De regra, os direitos são transferíveis; princípio do paralelismo da transferibilidade e da constringibilidade. A regra é a *transfe* ribilidade dos direitos: os direitos, salvo exceção legal, são transferíveis.

Se estão intimamente ligados à pessoa que deles é titular, dizem-se *direitos personalíssimos* (classe dos direitos intransmissiveis) e a razão de não serem transmissíveis está em que a troca de sujeito ativo é impossível, logicamente. Quase sempre os direitos intransferíveis entre vivos também são intransmissíveis a causa de morte. Os direitos intransmissíveis também são inconstringíveis (= não suscetíveis de constrição: inarrestáveis, insequestráveis, impenhoráveis), posto que a lei possa abrir exceção ao *princípio de paralelismo da transferibilidade* e *da constringibilidade.*

A intransferibilidade legal é inconfundível com a intransferibilidade negocial, inclusive estatutária. A alienabilidade segundo o art 1.723 nasce de negócio jurídico, mas é legal. A intransferibilidade dos bens da sociedade, sem permissão prévia da assembléia geral, é negocial, e não legal: falta poder aos outros órgãos da sociedade, sem a assembléia geral, para os transferir; mas eles, em si, são transferíveis. A falta está no sujeito, e não no direito.

3.

Pressuposto subjetivo nas transferências. Para que se pense em transferibilidade de direitos, é preciso que, no suporte fático da transferência, esteja pessoa que não é o titular do direito, portanto

troca de pessoas: o fato jurídico da transferência irradia eficácia, que mantém a identidade do direito, a despeito da mudança do sujeito; a pessoa, que era sujeito do direito, deixa de o ser; a que se inseriu, em lugar dela, no suporte fático, se torna sujeito do mesmo direito. A relação jurídica é outra; porque a relação jurídica, como toda as relações, só é idêntica se idênticos os seus termos e o seu objeto. O direito é o mesmo; a relação jurídica éque é outra. A identidade dos direitos, não obstante a troca de sujeitos, é possível, porque o direito é conceito do plano da eficácia, no qual toda liberdade tem o legislador. Poderia ele conceber plano da eficácia em que os direitos, se transmitidos, perderiam a identidade; porém não foi essa a linha histórica que seguiu o pensamento humano e as consequências de tal concepção seriam diferentíssimas das que ocorrem nos sistemas juridicos positivos (sobre isso, O. Fischer, *Das Probleme der Identitiit und der Neuheit,* 29). O homem acostumou-se a dar aos direitos, aos "efeitos", maior relevo que aos fatos jurídicos, de que provêm. Dai resultou que se teve o direito como algo de permanente, de resistente em sua identidade, resistência apoiada na identidade (fática!) do objeto. Se A era dono do terreno A e B o adquiriu de A, o "direito" de B sobre o terreno é o "direito" de A. O direito, aí, é po *ntos,* como a coisa mesma; de modo que o pensamento humano, no tocante à transmissibilidade dos direitos, se apoia em ontologia ingênua, primitiva, que teve de ser corrigida onde não dava os resultados satisfatórios, que dela se esperavam, ou seria nociva à sistemática do direito.

557

No tocante às relações jurídicas, quer dizer — às relações jurídicas de que se irradiam os direitos, só a transmissão m *ortis causa* as atingia. Quanto às transferências entre vivos, o problema era mais delicado: o comprador, que transferia o crédito da venda e compra, continuaria comprador, de modo que com ele ficaria tudo que concerne à relação jurídica mesma (ações de nulidade, anulação, resilição e resolução).

O art. 1.197 permite a cláusula de continuar a locação se alienado o prédio. Ou se constrói tal continuação como sucessão em todos os direitos e deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções ("continuação" da relação jurídica), ou como transferência da própria relação jurídica, — o que seria de repelir-se.

O contrato de fornecimento de gás, luz e força a prédio éconstruível como contrato de „aJesão, com a sucessão pactuada de todas as dívidas e obrigações, direitos, pretensões, ações e sucessões. Não se precisa recorrer à figura, que seria anormal, de transferência da relação jurídica, ainda quando seja objeto do contrato o medidor de gás.

Quando os contraentes consideram transferível a relação jurídica obrigacional, *e.g.,* quando o comprador se reserva que outrem o possa substituir no contrato de venda e compra, deve-se entender que houve pré-contrato, ou que se estipulou a favor do contraente ou de terceiro. Esse adquire o crédito (direito) e somente adquire, originariamente, ou por sucessão, os direitos formativos, que se irradiam da relação jurídica, se houve pré-

contrato, ou se foram eles objeto dc transferência. E preciso não se confundir a transferência de *todos* os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções e a transferência da relação jurídica mesma. Efeitos podem ser elididos, todos, sem se elidirem as causas.

Também a transferência do título de sócio é transferência de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, e não de relação jurídica: a relação jurídica é sempre nova, quer quanto à sociedade, quer quanto aos sócios entre si.

Somente imperfeita análise das relações jurídicas de locação e de sociedade, ou de outras, que se estendam no tempo, irradiando direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, pode sugerir que se dê a transferência da relação jurídica mesma. Há o que se produziu antes da transferência de direitos e o que se produz depois: o que se venceu pertence ao transferente, se também isso não se transferiu; o que se vai vencer pertence ao adquirente, porque foram transferidos os direitos expectativos. Se o transferente já havia transferido, ou de qualquer maneira disposto dos seus direitos expectativos, a questão de nascerem a favor do adquirente, ou não, os direitos expectados (aluguéis, dividendos), é questão que se tem de resolver por interpretação dos negócios jurídicos e pela verificação da eficácia, ou não, daquela disposição, *contra* o terceiro adquirente. Não há a solução *a priori* que supunha A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 221). O principio único concerne à cessão: na cessão de crédito futuro, a eficácia contra o que se supcrpõe ao cedente, com outra relação jurídica que, por força de lei, ou de negócio jurídico, *continue* a

anterior, depende de estar na esfera jurídica do cedente a *fonte* do crédito expectado: a transferência de todos os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, deixa sem possibilidade a irradiação de direitos expectados a favor de quem *já* não é titular de *todos* os direitos, incluidos os direitos expectativos. Esse princípio somente pode ser afastado se há lei especial, ou regra jurídica especial (lex *specia lis),* ou a cessão teve efeitos contra terceiros (o que o registro pode dar, *e.g.,* art. 1.197). Se há disposição de todos os direitos, pretensões, ações e exceções, e logo outra, prevalece, se não há, na espécie, prioridade oriunda de registro, o primeiro negócio jurídico.

4.

Direitos de personalidade e direitos de família. Os direitos de personalidade e os direitos de família são *intransferíveis.* Há outros direitos intransferíveis, por especial regra jurídica. Os direitos reais, salvo o usufruto, o uso e a habitação, são *transferíveis.* Não importa se o objeto do direito real é coisa corpórea, ou coisa incorpórea. A exigência do assentimento do autor, nos casos em que é preciso para se transferir o direito de edição, não abre exceção à regra: tal exigência é quanto ao sujeito, e não quanto ao objeto. No tocante aos direitos relativos, há entre eles direitos intransferíveis, ou devido à ligação íntima com o interesse do devedor, ou com a pessoa do credor (direitos personalíssimos), ou por força de *lex specia lis.* Se a prestação só se pode cumprir, sem empioramento da situação do devedor, ao credor originário, a cessão seria prejudicial ao devedor.

A "cessão" seria estipulação ou contrato a favor do terceiro, dito "cessionário". Se o devedor convém na cessão, o caso muda de figura. O interesse do devedor pode ser explicitado, ou introduzido, pelo *pactum de non cedendo.* Não importa se ocorre antes ou depois da dívida; e tal pacto não se confunde com a cláusula de que só ao credor, pessoalmente, e não a representante seu, se haja de pagar (A. von Tuhr, *Die unwiderrujliche Vollmaclit, 28).* Tal cláusula pode ser no interesse do credor, ou do devedor, ou de ambos, ou, até, de terceiro, a que se destine, em virtude de outro negócio jurídico, a prestação. O pacto, no interesse do devedor, para que não fique subordinado a inconvenientes de ser devedor de outrem que àquele com quem contratou. No campo da

autonomia da vontade cabe o *pectum de non cedendo,* razão por que, inserto no negócio jurídico, ou posterior a ele, seria preciso para a cedibilidade novo negócio jurídico, salvo se o devedor mesmo é figurante da cessão. O

pacto não impede que, penhorado o crédito, para se lhe extrair o valor, com que se satisfaça a execução forçada a favor de terceiro, se transfira a esse, ou a outrem. Dá-se o mesmo se, em vez do pacto de se não ceder, há a c!áusula de só se pagar ao credor, pessoalmente; mas há de entender-se que quaisquer agravamentos da situação do devedor são, de regra, por conta da execução forçada.

A transferibilidade dos direitos do locatário de prédios depende do contrato. O art. 1.201, parágrafo único, diz:

"Pode também ceder a locação, consentindo o locador." O locador pode permitir, no contrato, que o locatário ceda e pode consentir, fora do contrato, na cessão. As duas espécies são bem diferentes. Se a cessão era permitida, a falta do assentimento do locador faz ineficaz a cessão; se o não era a cessão, a falta exclui a existência da cessão:

a cessão é inexistente. Se era proibida a sublocação, o contrato sublocativo não tem existência; se o não era, mas se exigia o assentimento do locador e esse não o assentiu, é ineficaz o contrato sublocativo.

5. *Créditos intransferíveis.* Por intima ligação à pessoa do credor, são intransferíveis os créditos: de reparação do dano moral (não assim, a pretensão *exercida,* ou a ação *proposta,* ou a exceção *oposto,* se a há); os créditos alimentícios e os impenhoráveis *(a fortiori),* porém não as coisas objetivamente impenhoráveis, se a impenhorabilidade não provém de inalienabilidade etc. Se o crédito é intransferível, a procuração para os cobrar não pode ser irrevogável (A. von Tuhr, *Die unwiderrufliche Vollmacht,* 29), nem, portanto, em causa própria.

6.

Transferência de direitos expectativos. Os direitos expectati vos são transferíveis se o são os direitos expectados. Quem adquiriu a propriedade móvel, sob condição suspensiva, para transferir a *spes acquirendi dom mii* tem de **fazer** tradição da coisa. (Quem está em

curso de adquirir por usucapião, transfere a sua situação, transferindo a posse, e quem tem título e posse para usucapir, em tempo futuro, transfere a *spes acquirendi domin ii,* transferindo título e posse. Porém ai a usucapião é simples expectativa.) Os direitos potestativos e os poderes de representação só se transferem se foi permitido o *substabelecirnento* ou a *suboutorga.*

Se a hipoteca se fez antes de nascido o crédito, há direito expectativo a ela. A fiança também pode ser por dívida futura (art. 1.485) e então só há direito expectativo: "o fiador, neste caso", diz o art. 1.485, "não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor." A hipoteca tem de satisfazer o art. 846, li; mas a expressão "data" só se refere aos créditos já formados.

Quanto aos direitos formativos, só se transferem se foram transferidos os créditos de que resultam. Se resultam da relação jurídica mesma, só se transferem se *todos* os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções foram transferidos. A denúncia da locação ou da sociedade e a resilição entram na segunda classe. A relação jurídica nova, ou, por força de *lex specia lis, a relação jurídica em* "continuação" da outra relação, recebe todos os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções; portanto, também, os direitos formativos. Por isso, o que adquiriu a propriedade e passou, segundo o art. 1.197, a ser locador do prédio, tem os direitos de denúncia e de resilição, como os tem o locatário. Fora daí, se não há cessão de todos os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, não se pode pensar em transferência do direito de denúncia ou de resilição. E questão de interpretação se, não tendo sido transferidos todos, o foram os direitos formativos.

Se há penhora, o credor penhorante não pode denunciar a locação, nem obstar a que o credor penhorado (locador) a denuncie. Idem, em se tratando de direito de resilição. Nem o credor penhorante do título de sócio pode denunciar ou pedir resolução ou resilição. O mesmo raciocínio há-se de fazer a respeito dos direitos à decretação de nulidade ou de anulação. Todavia, é possível transferir-se a alguém qualquer desses direitos, se se lhe transferiram os créditos. Por outro lado, podem ser objeto de procuração irrevogáve!, ou, *a fortiori,* em causa própria, a favor desses cessionários. A cessão do direito de aceitar ou de renunciar à herança seria impossível; nem cede aquele que renuncia, nem pode ceder direitos à herança quem não a aceita: se os cedeu, aceitou-a e cedeu-os. O direito de promover a exclusão por indignidade pertence a quem quer que *possa* suceder: a cessão a

qualquer outra pessoa, que o tenha, seria *bis* in *idem.*

557

§ 592. Transferência de direitos alheios

1. Nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse. O sucessor, na sucessão derivada, embora não tenha todos os direitos, ou não tenha o direito que transfere, não transfere mais do que aquilo que *pode* transferir, mas pode ter poder de transferir o que não e seu.

Nesse sentido, a regra *Nemo plus furis transferre potest quani habet ipse* seria inexata, pelo fato de haver transferência pelo que não é titular e tem o poder de transferir E exata se dizemos: "Ninguém pode transferir mais direitos do que tem ou do que tem poderes para transferir." Tem-se poder de disposição *ou* derivado de negócio jurídico *ou da lei.* O que entrega a outrem o bem móvel para que, como seu, o aliene, dá poder de dispor O marido, ou a mulher, quanto a bens móveis comuns, nos casos que a lei prevê, tem poder de disposição.

E preciso que haja o poder de dispor da coisa ou do direito alheio, para que o ato de disposição seja *eficaz.* Se não há esse poder de disposição, falta eficácia ao ato: dispôs-se do que não era de propriedade do disponente; isso não quer dizer que seja nulo o negócio jurídico (confusão vulgar, mas indesculpável, em certos escritores, a ponto de o tradutor espanhol de A. von Tuhr traduzir, em *Der Aligemeine Teu,* II, 52, "unwirksam" por "nulo", como se "unwirksam" e "nichtig" fossem co-extensivos).

2.

A espécie do art. 530, 1, do Código Civil, se alienou o não-dono. Pergunta-se: ~Quem figura no registro de imóveis como adquirente do imóvel, sem que o transferente fosse dono, e o aliena, *transmite* ao

terceiro a propriedade, porque a lei assim o estatui, tendo o registro (do título) como modo de adquirir a propriedade?

LOu o outorgado por aquele adquire a propriedade do (verdadeiro) dono A, uma vez que o ato do que constava do registro como dono B, com a aquisição pelo terceiro do imóvel, se tornou *eficaz* quanto ao próprio A? Ou adquire, originariamente, C?

A discussão sobre se essa aquisição é derivada ou originária assaz se aprofundou. Para alguns, C adquiriu de quem não tinha direito; portanto, originária há de ser a aquisição. Tanto mais quanto faltou qualquer poder negocial, ou legal, de disposição. Não era proprietário nem tinha poder de dispor o que alienou; o adquirente recebe direito que não pertencia ao alienante. Mais ainda: a razão da lei, ao considerar dono o adquirente de boa-fé ou o terceiro, ainda abstraindo-se da sua boa-fé, está em que ele, por si só, em sua pessoa mesma (adquirente de boa-fé ou terceiro), satisfez os pressupostos da aquisição; de modo que não se há de indagar de *onde* lhe veio a propriedade. Essas considerações, que levaram à comparação com a usucapião, a ponto de os juristas franceses falarem de *prescription acquisitive mornentanée,* influiram nos que sustentaram a tese da *originariedade* da aquisição *(A.*

Exner, *Die Lebre vom Recbtserwerb durch Tradition, 66,* nota 58; L.

Arndts, *Lebrbuch,* 216; E. 1. Bekker, *System,* 1, 109; H. Lehmann, em Enneccerus-Lehmann, *Das Btirgerlicbe Recht,* Ii, § 58, nº 3 e 4, e em Stobbe-Lehmann, *Deutscbes Privatrecht,* II, § 109; J. Kohler, Vcrtrag und Ubergabe, *Archiu for BOrgerlicbes Recbt,* 18, 97 **5.;** K. E. Romeick, *Zur Tecbnik des BGB.,* III, 35 **5.;** F.

Regeisberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, *Jberings JahrbW.';er,* 47, 360 s. e 368 sj.

A antítese (aquisição derivada) foi defendida por K. Hellwig *(Wesen und subjektive Bcgrenzung der Recbtskraft, 103 s., Lebrbuch,* 1, 274 s., e III, 198, nota 39), O. Wendt (Erwerb von einem Nichtberechtigten, *Archiu fúr die ciuilistische Praxis,* 89, 17), O. *Gierke (Deu tsches Privatrecht, 1, 279, Die Bedeutung des Fabrnisbesitzes,* 17 e 31), CarI Crome *(Systern, 1, 314), P.* Oertmann (nota sobre K. Hellwig, *Archiu fOr Btkrgerliches Recht,* 20, 113), Hans Lessing *(Begrifi der Rechtsnachfolge,* 40 s.), A. von Tuhr *(Der Allgemrcinc Teil,* II, 52 s.) Houve tentativas de síntese: aquisição originária *sui generis* (assim, (3. Carlin, *Niemand kann aul einen Anderen mehr Recht tibertragen, aIs er*

selbst hat, passim); originária sucessão (H. Dernburg, *Pandekten,* 1, 74 ed., 183 sã; aquisição quase-originária (A. Mendelssohn-Bartholdy, *(Jrenzen der Rechtskraft,* 431), aquisição originária em roupagem *derivativa (L. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 1,* 312).

Todas essas tentativas não obtêm síntese: a primeira é repetição do velhíssimo expediente para prá-elidir, com a adjetiva *sui generis,* problema difícil; a segunda implica definição demasiado larga de sucessão; a terceira tem o defeito da primeira; a quarta descreve realidade e aparência. Todas elas ou não partem de conceitos precisos de aquisição originária e de aquisição derivativa, ou tomam o ato do não-dono como suporte fático da aquisição pelo terceiro adquirente. Já K. Hellwig *(Wesen* und *subjektive Begrenzung der* Rechtskraft, 101) apontava a contradição de tais misturas; e M. Hachenburg *(Vortràge,* 132) ferira o ponto, ao excluir a derivatividade da aquisição quando o ato do alienante não seria, por si só, eficaz. As suas expressões não foram essas; pode-se mesmo dizer que não foram felizes. Temos de distinguir *a)* o outorgado de boa-fá, que houve do não-dono, constante do registro, pois esse adquire originariamente, e *b)* o terceiro, que adquire conforme o registro ao outorgado, naquelas circunstâncias, do não-dono, constante do registro. Em *b),* o alienante, se estava de má-fé

ao ser outorgado, é não-dono e usa de sua situação, não como proprietário, que não é, e sim como adquirente *segundo o registro:* não há dúvida que dispõe disso; não é o mesmo que dispor do direito de propriedade que ele não tem; o suporte fático da aquisição pelo terceiro contém esse ato jurídico do alienante não-dono, porém há mais do que isso no suporte fático, — há o segundo registro. Também em a), por ser a boa-fé só um dos elementos, ao lado do acordo de quem figura no registro, não se há de tirar que seja derivativa a aquisição. E foi isso o que fizeram, diante do suporte fático compósito *(Gesamttatbestand),* O. Gierke, Fr Hellmann *(Vortrâge,*

§ 12), CarI Crome, H. Dernburg e os outros. Nem o acordo, com o consentimento para o registro, só, nem a boa-fé, só, compõem o suporte fático da aquisição da propriedade pelo primeiro adquirente. Assim, nem tem razão M. Hachenburg *(Vortràge,* 160) em dizer que a boa-fé de si só *repara,* supre, o direito do alienante não-dono: o ato do alienante não-dono é apenas elemento do suporte fático da aquisição pelo primeiro adquirente. O

que o alienante não-dono e o primeiro adquirente quiseram foi a transmissão, a aquisição derivativa, e essa falhou (assim, J. Kohler, *EinfOhrung,* 42; cf. 3º ed., 49); o acordo falho, *mais* o consentimento para o registro (o anterior estava a produzir efeitos, pois, *ex hypothesi,* não foi cancelado, nem retificado, nem estava averbado processo a respeito), *mais* o registro, *mais a* boa-fé, compuseram o suporte fático da aquisição a não-dono, portanto *originária.* Algo do alienante não-dono vai ao primeiro adquirente, não há dúvida; porém não é a propriedade do bem: o que ele tinha era meios para o registro, ainda exposto às ações do proprietário; não mais do que isso poderia transmitir Somente a lei poderia dar-lhe poder de dispor da coisa alheia, e esse poder, sim, faria derivativa a aquisição. Tal há de ser a con *cepção* sistemática. Não se pode cogitar de *princípio da ocasião (H. Meyer, Das Publizitâtsprfnzip, 94* s.). A aquisição e a perda correlativa da propriedade produzem-se em virtude de suporte fático, um de cujos elementos é o ato de disposição do não-titular, que consta do registro como dono e alienante; seria errôneo dizer-se que a aquisição e a perda se produzem em virtude do ato de disposição do não-dono. Faltaria outro elemento do suporte fático, além desse e dos demais (consentimento para o registro, pedido de registro, registro). O primeiro adquirente adquire a propriedade de A, que não constava do registro de imóveis, porque B obtivera registro a seu favor, não porque A lha transmitiu, e sim a despeito de A não ter sido ouvido, ou ter-se oposto (fora do registro), nem *porque B lha* transmitiu (B não na tinha), *e sim porque B podia dar ingresso a O no registro de imóveis e lhe deu, estando O de boa-fé.* E ir demasiado longe ver-se ai poder de dispor de coisa alheia. O que se passa é que, *simultaneamente* com o registro a favor do primeiro adquirente de boa-fé, de um lado se perde a propriedade e do outro se adquire.

Qualquer referência à prescrição, de que lançaram mão juristas franceses, seria absolutamente inadequada; mas a simultaneidade ocorre. Essa simultaneidade éque dá a ilusão da transmissão da propriedade de A a C, por ato de B. Acentua-lhe os traços o fato de se verem, após a aquisição por C, remontando-se no tempo, os direitos de C *como se* fossem os de B (ainda foi vitima dessa ilusão Madin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27º-32º ed., 129). A simultaneidade da perda e da aquisição (= no mesmo ponto de tempo") tem a consequência de não constituir óbice ou diminuição do direito adquirido a superveniância da má-fé. A data do pedido de registro é que importa. O registro anterior considera-se exato: enquanto não for cancelado, produz todos os seus efeitos legais (Código Civil, art. 850; Lei nº 6.015, art. 252), que podem ser "prevenidos" pela averbação do processo que tem por fito o cancelamento. Estão excluídos da eficácia favorável do registro

os que tenham conhecimento da inexatidão. Se não há uma dessas ocorrências, o registro a favor do outorgado é produtor da aquisição por registro. A aquisição não se apóia no direito do verdadeiro titular, nem depende dele, nem há traspasse de direito sem sucessão (tentativa de terceira solução): há justaposição temporal de titulares, com a aquisição originária pelo primeiro adquirente de boa-fé. Não seria de aceitar-se que a derivatividade da aquisição se prove pela composição do suporte fático, porque deve ter havido negócio de disposição, com todos os seus pressupostos (capacidade, acordo livre de vícios, consentimento para o *registro,* registro). Diz-se (e.g., A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* II, 53 s.) que a boa-fé do adquirente somente substitui a falta de direito por parte do alienante. Tal substituição é pura imagem, que aparece em muitos juristas. Não se substitui nada. Mais: não se cogita, sequer, do verdadeiro proprietário que não constava do registro de imóveis. Só se cogita do registro a favor do adquirente de boa-fé. Nem cabe trazer-se à argumentação que o adquirente acreditava em ser dono o alienante, isto é, em ter esse direito que não tinha. Exatamente, é a esse erro que se dá a força de, ligando-se aos outros elementos, compor o suporte fático da aquisição. Os elementos são indispensáveis; porém, se o ato do alienante, de si só, não produziria tal aquisição pelo terceiro, claro é que a boa-fé perfaz, com ele, suporte fático, a que não se pode atribuir o *transmitir*.

3.

Aquisição pelo segundo, terceiro ou posterior adquirente. Não se pode pensar em que o segundo (outorgado de má-fé, porém adquirente), terceiro ou posterior adquirente *suceda* ao não-dono que, tendo obtido registro, alienou o imóvel (K. l-Iellwig, *Wesen und subjektiue Begrenzung der Rechtskraft, 103, e Lehrbuch,* 1, 275, nota 13, entende que sucede aos dois, ao dono e ao não-dono, porque um dispõe e, quanto ao outro, há eficácia). Há evidente confusão entre sucessão e eficácia. Por isso, se o alienante não-dono estava falido ou insolvente, não se pode ir contra o seu ato dc alienação *como sucessor:* existe, talvez, dano para os credores (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* II, 56 s., nota 114), mas, se primeiro outorgado, a boa-fé opera

contra o alienante como opera contra o proprietário, se falido ou insolvente, e, se segundo ou posterior outorgado, a fé pública do registro. Assim é tão falsa a concepção de sucessão jurídica de E. Jäger

para tal espécie quanto a de A. von Tuhr, que o critica. Picaram a examinar o que ocorre do lado do alienante; em vez de examinarem a aquisição, do único lado, em que importa classificá-la: e de quem adquire. O terceiro não adquire como sucessor do não-dono, embora o tivesse crido; nem do dono, que não alienou. O adquirente não deve o seu direito ao ato do alienante e ao registro; deve-o a isso *mais* a sua boa-fé, se é primeiro adquirente e, abstraindo-se de boa-fé, quanto aos posteriores adquirentes. O ato do alienante e o registro a favor desse *entram* como elementos fáticos, para formar o suporte fático, que exige, como pressuposto essencial, tratando-se do primeiro adquirente, participe no acordo, a boa-fé.

4.

Sucessão no plano processual. Tudo que acima dissemos só diz respeito ao *direito material.* Se passamos ao processo, e preciso que atendamos a princípios formativos do *direito processual.* A sucessão pode dar-se na pretensão à tutela jurídica e, pois, até antes do processo; na relação jurídica processual, pela comparência no processo; ou pela sucessão posterior no plano do direito material, com a comparência. A posição formal de parte *pode* ser *ipso jure* (herdeiro, herdeiro substituto, administrador de massa concursal ou sucessor, se findou o concurso), ou por assunção pelo comparecente (sempre que a gestão por outrem não tenha eficácia para o que assume; *laudatio auctoris;* sucessor da propriedade da marca de fábrica; o sucessor, se o réu ou o autor alienou o direito que se discute; fiador). O que crê ter adquirido de outrem a propriedade e aquele mesmo que estava de má-fé (a apuração disso pertence ao direito material) pode assumir a posição formal de parte, se sustenta o mesmo. Se sustenta o mesmo e a sua aquisição como terceiro de boa-fé, a eficácia da sentença contra o alienante não-dono não deixa, com isso, de operar contra ele; mas, dada a sua alegação *(plus)* de ter estado de boa-fé, a parte da sentença, quanto a esse ponto, tem de ser examinada depois, com eficácia *para ele.* Essa parte do pedido não é em sucessão; é propositura sua. (Até quando, ou por que meios, há de alegar o *plus,* pertence ao direito processual responder) Se, ao tempo da aquisição, estava averbado o processo (Código Civil, art. 860; Lei nº 6.015, de 31 de dezzmbro de 1973, arts. 167, II, 12), e 216), ou, não estando averbado, o adquirente conhecia a litispendência, a boa-fé não basta, ou não há. Se o adquirente conhecia a litispendência (o ônus da prova toca àquele a quem a afirmativa interessa), a sentença produz efeitos quanto a ele. Se a não conhecia, não pode sofrer a eficácia, pois que tem por si o registro de imóveis. Aqui, surge discordância quanto ao

efeito de direito material: se a sentença foi injusta, — ou se entende que o terceiro apenas não pode ir contra o vencedor (K. l-lellwig, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 195), ou que a* eficácia sentencial atinge o direito material (K. R. Romeick, *Zur Technik des BGB.,* III, 165). A antinomia entre os dois ramos do direito reaparece. Mas a solução é a mesma que em geral susten *tamos (e.g., Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, 1, 152* **s.).** *Não há,* por parte do adquirente, *dever de conhecer* os processos que se movem contra o alienante; por isso, é de mister a averbação deles para que se pré-exclua a sua alegação de boa-fé. Ao contrário do que pareceu ao Supremo Tribunal alemão (47, 69: não é oposto à equidade considerá-lo com dever de conhecer a situação jurídica do alienante), o adquirente só onde resulta da lei tem esse dever O registro e o dever, resultante de regra jurídica especial, é que podem pré-excluir a boa-fé. Não dissemos excluir, eliminar, mas determinar a sua inexistência como elemento do suporte fático da aquisição pelo terceiro que acreditou adquirir do não-dono. Para que haja aquisição derivativa, faz-se mister que o direito do adquirente *só* se apoie no direito de outra pessoa, que lho transfere, e dele dependa.

5.

Aquisição por tutela á boa-fé. O que adquire pela boa-fé écomo o que adquire por ocupação, ou pela usucapião, sem que os três institutos se identifiquem. *Não há sucessão,* salvo se só se pensa em simples posposição temporal de um titular a outros. Muito diferente é o que ocorre, por exemplo, com o que recebe o imóvel cm virtude de se ter alcançado o termo resolutivo, ou de se haver realizado a condição resolutiva, se medeia o direito de terceiro; sucede ao transmitente, e não a esse.

§ 593. Extinção dos direitos

1. Causas de extinção. Já vimos que os direitos nascem de diferentes causas, se modificam por diferentes causas e por diferentes causas se extinguem. São como os múltiplos seres do mundo vivo, e não como certa espécie ou família deles. Alguns direitos só se extinguem com o seu titular; outros, por vontade do seu titular (ato de disposição) e às vezes outrem, e não ele, tem direito formativo extintivo cujo exercício

os extingue.

557

(a) Sempre que a regra jurídica faz seu suporte fático o ato (ou omissão) do próprio titular do direito, que ela extingue, diz-se que o direito *caiu,* caducou. A *caducidade,* em tal sentido, supõe conduta do titular que a lei repute assaz para que o direito deixe de ser; *e.g.,* em caso de perdão do adultério (antes da Lei n0 6.515, de 26

de dezembro de 1977, art. 54, Código Civil, art. 319, II). Dá-se preclusão, em sentido estrito, se há extinção por decurso de tempo.

(14 A *morte* do titular do direito, seja ativo, ou seja passivo, extingue a relação jurídica; se há transmissão a causa de morte, não se extingue o direito, ou o dever, a pretensão, ou a exceção, ou a obrigação, a ação ou a legitimação passiva na ação ou na exceção.

(c) Do *princípio de não-contradição* no mundo juridico deriva que dois ou mais direitos não podem envolver contradição: se nasce *o* direito de propriedade de B, porque usucapiu, o direito de A, que era, deixou de ser O

direito de B não suplanta o de A: o sistema jurídico é que, por ser sistema lógico *sem* regras jurídicas contraditórias, não tem duas ou mais regras jurídicas que façam do mesmo suporte fático dois fatos jurídicos de que provenham direitos incompatíveis. A suplantação, que A. von Tuhr *(Der Alígerneine Teu,* II, 42) pretendeu ver, seria fato do plano da eficácia; em vez disso, a contradição corta-se antes, no sistema jurídico, entre as regras mesmas do sistema.

(d) A reunião dos elementos componentes de direito constituinte quando se extinguiu o direito constituído, a que E. 1. Bekker chamara sucessão restitutória *(restitu tive Sukkession),* é efeito da extinção de direito, não é causa de extinção (sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* li, 93). A reunião é entre elementos do suporte fático.

(e) O perecimento do objeto é causa de perda dos direitos. Quanto aos direitos reais, é evidente que não poderiam sobreviver *a res.*

Quanto aos direitos pessoais, nem eles se extinguem quando o devedor perde todo o patrimônio, nem todos eles se extinguem com a morte do devedor ou do credor São direitos que têm por objeto outro bem da vida: a pessoa, a liberdade o pátrio poder, a prestação prometida. Se sobrevivem ao devedor, passam aos herdeiros.

Bastaria a consideração de que em nada atinge o crédito a morte do devedor, ou a perda do seu patrimônio para se ver quanto é falso dizer-se que objeto do crédito são a pessoa do obrigado e seu patrimônio, erro de E. 1.

Bekker *(System,* 1, 78) e de A. von Tuhr *(Des Aligemeine Teil,* 1, 144 e II, 93). Cedo, Th. Kipp, à nota 2, *in une,* do *Lehrbuch* de E. Windscheid (1, 172). Quanto à limitação da responsabilidade do herdeiro às forças da herança" (art. 1.587: "O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança"), não há, no direito brasileiro, *exceção* de beneficio de inventário, nem *direito formativo (modificativo)* à restrição. No direito romano, o *beneficium inventarii, criado* por Gordiano e generalizado, em 531, por Justiniano, era, desde 531, direito formativo modificativo: para so responder *intra vires hereditatis,* o herdeiro, que aceitava, tinha de fazer inventário conforme a L. 22, C., *de iure deliberandi,* 6, 30, e não pedir *spatiuni deliberandi.* Sob Gordiano, a situação talvez fosse semelhante à do Código Civil, art. 1.587, posto que somente para os soldados, se de boa-fé. O herdeiro, no direito alemão, é autorizado *(Inrechtigt)* a apresentar inventário ao tribunal da sucessão (§ 1.993). O § 1.975 mostra que é possível a "restrição", como a "irrestrição" é possível (§§ 1.994, 2.005, alínea 1º, e 780, alínea 1º). Só se houve a restrição é que o herdeiro responde *cum viribus hereditatis.* A figura é bem diferente da que se adotou no direito brasileiro; e menos acorde com a linha histórica. Alguns juristas, levados por A. von Tuhr *(Der Aligerneine TeU,* 1, 311 s., 113, e II, 105), vêem aí *exceção de responsabilidade limitada, embora os §§ 1.973 e 1.990 falem* de "kann verweigern" (pode recusar) e também por isso. O "poder recusar" não é suficiente para se conceituar como exceção o benefício de inventário ou a limitação da responsabilidade. Pode-se exercer direito de exceção, como se pode exercer qualquer outro. O que em verdade o direito alemão adotou foi o *princípio da limitabilidade da responsabilidade, que pode ser renunciado* ou caducar: o herdeiro tem direito subjetivo à limitação da responsabilidade; alcança-a, exercendo-o. A responsabilidade é ilimitada. Viu-se, aí, exceção, ou *exceção de exaustão* (E Endemann, *Lehrbuch,* III, *2,* 8º e 9ª ed., 958). Ora, o herdeiro faz a prova da exaustão, exercendo, no direito alemão, o seu direito formativo modificativo. SD o exerce tempzstivamente, está limitada a responsabilidade; seo não exerce, é ilimitada. No direito brasileiro, não há direito formativo modificativo,

nem exceção: a alegação de estar exausta a herança é pretensão à declaração, defesa de terceiro, a quem incumbe, segundo o art. 1.587, 2º parte, o ônus da prova, se não foi feito inventário.

(f) Há direitos que se extinguem com o exercicio. Exercê-los é esgotá-los. É o que se passa com os direitos formativos, os direitos de garantia e os direitos de créditos. Satisfeitos, extinguem-se. Dentre eles, uns têm pretensão a prestação e ação; outros exercem-se por si; outros, acessórios, acabam com o direito principal.

Chamou-os H. C. Hirsch *(CJbertragung der Rechtsausdbung,* 69) direitos-fins *(Zweckrechte),* porém a

expressão diz pouco: são mais direitos com fim do que direitos-fins; melhor *direitos exauríveis,* à diferença do direito de propriedade, das servidões e outros que não se exaurem, ou direitos extrínsecos, em vez dos intrínsecos, que têm em si mesmos, na imediatidade do seu objeto, o seu fim.

2. *Definitividade das extinções.* Enquanto algumas manifestações de vontade, de conhecimento ou de sentimento, que entram no suporte fático de alguma regra jurídica criadora ou modificadora podem ser revogadas, nunca se revoga a manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, que entra no suporte fático de regra jurídica que extingue. A *vox,* que serviu a empuxar para o nada, nunca se retira. Também o desfazimento do direito não pode ser desfeito. O que se pode querer é a criação de novo direito, com o mesmo ou semelhante suporte fático (menos *tempo)* da mesma regra jurídica. No mundo jurídico, não há ressurreições; pelo menos em princípio. Aqui, há problema dos mais sutis: se o dono do prédio A serviente adquire o prédio B

dominante, diz-se que se dá a confusão e a servidão se "extingue" (art. 710: "As servidões prediais extinguem-se: 1. Pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa"; argentino, art. 3.055); se volve um deles a pertencer a outrem, jressurge o direito real de servidão? ~Que é qua, em verdade, se passa? No direito suíço (art. 735), se os dois fundos se reúnem na mesma mão, o proprietário pode fazer cancelar a servidão, e, se não usa desse direito, a servidão continua.

No direito alemão, tem-se interpretado que a espécie é de *pausa do direito* (Ruhen des Rechts), algo que corresponde à pausa (dizemos "suspensão", art. 394) do pátrio poder. Não é bem isso o que acontece: ao pátrio poder que se suspende, tira-se algo, desconstitui-se (a sentença de suspensão do pátrio poder é constitutiva negativa); à servidão, que, pela mesmeidade do dono dos prédios, não deixa de figurar no mundo dos direitos, nada se tirou, salvo a direção subjetiva da pretensão real, porque a servidão, essa, continua de *exercer-se;* nem, sequer, houve *encobrimento,* a que dão ensejo as exceções. Em verdade, a servidão, como suporte fático, não se suspende com a confusão, apenas o dono não pode exercer a pretensão real contra o seu próprio prédio, vale dizer contra si mesmo como indivíduo atual inserto no sujeito passivo total do direito real. Por isso, a alienação do prédio dominante (elemento do suporte fático), ou do prédio serviente (elemento do suporte fático), vai, ainda na dúvida, com o direito de propriedade, ou com o dever de servidão: não há renascimento; o direito de servidão lá estava no mundo jurídico (suporte tático +

regra jurídica), e lá ficou; apenas a pretensão real que é contra *quem quer que seja* dono do prédio, não pode ser exercida pelo dono dos dois prédios contra si mesmo; o seu conteúdo é ato do dono dos dois prédios, o que exclui oportunidade ao exercício da pretensão: ai, a exercitabilidade contra a totalidade dos sujeitos passivos passa por pessoa, em que *falha,* como dente de entrosa. Andou bem a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 257, em deixar ao dono do prédio serviente o direito de pedir o cancelamento da servidão. Se o prédio está hipotecado, é preciso o consentimento do credor hipotecário (Lei nº 6.015, art. 256). Idem, se sujeito a anticrese.

3.

Correlação dos direitos e deveres, no tocante a extinção. A extinção de direitos implica a extinção de dever, do lado dos sujeitos passivos individuais ou totais. A dívida desaparece. Desaparece o usufruto, o uso, ou a habitação, de maneira que os elementos, que se afastaram para lhes fazer o suporte fático, volvem à propriedade. Desaparecendo o direito de propriedade, como se jogo à rua folhas de papel, ninguém mais tem o dever de proceder como se aquelas folhas de papel não pudessem ser retiradas do meu patrimônio: o transeunte pode apanhá-las e apropriar-se delas, e nem eu nem as outras pessoas poderemos proceder como se as folhas de papel não fossem do transeunte; o empregado da limpeza pública pode apanhá-las e pó-las na caixa de papéis estragados, como *res nuilius,* e cumpre o seu dever, apanhando-

as e dando-lhes o destino do lixo da cidade, sem se apropriar delas. Qualquer relação jurídica que nasce a respeito dos bens da vida, que deixaram de ser objeto de relação jurídica, são outras relações jurídicas; os direitos, que a encham ou dela resultem, outros direitos; os deveres, outros deveres; as pretensões, outras pretensões; as ações, outras ações; as exceções, outras exceções.

Trate-se de liberação de divida, trate-se de cancelamento de gravame, trate-se de perda de direito de propriedade ou de algum direito público. Em nenhuma das três espécies, adquire-se direito *porque* o direito de outrem se extinguiu. Extinção, em direito, como em física, em matemática, em lógica e em todas as ciências, é deixar de ser, ser "nada". O devedor, que alega ter-se extinto o direito do credor, alega ter-se extinto a sua dívida. O proprietário, que objeta ter-se extinto o usufruto de outrem em sua propriedade, objeta que não há mais aquele direito e ele, dono da propriedade *nesse momento,* não tem o dever de proceder, que teria, se o usufruto existisse. Se é certo que o seu direito de propriedade recobrou elementos, nem por isso lhe nasceu qualquer direito: o conteúdo do mesmo direito de propriedade está maior do que era; porém nenhuma relação jurídica nova, nenhum direito novo se produziu no mundo.

4.

O princípio de simetria, em matéria de extinção. O direito romano possuía o princípio geral *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet (Pompônio, na L. 80, D., de solutionibus et Iiberationibus,* 46, 3). O

que, por uma forma se fez, pela mesma se há de desfazer Tal principio geral, que se especializava conforme a forma, a qu2 se aludia (cf. H. Dernburg, *Pandekten,* II, 7º ed., 150), já se esme 2cera no direito clássico, e não tem hoje outra utilidade que a de servir à interpretação das regras jurídicas: onde a lei exigiu à constituição dc alguma relação jurídica certa forma, entende-se, se não está implícito que sã o exigiu à constituição, que a desconstituição deve obedecer à mesma regra. Não há mais, hoje, do que a regra de interpretação. O art. 134, II, exige a escritura pública aos contratos constitutivos ou transiativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinqtienta mil cruzeiros, atualizáveis em janeiro de cada ano, segundo as diretrizes do Código Civil, art. 134, § 6º, com a redação dada pela Lei nº 7.104,

de 20 de junho de 1983; há-se de entender que *o* exige também a renúncia (art. 589,11, e § 1º). A revogação do testamento público, ou do testamento cerrado, pode ser por testamento particular (art. 1.746). A revogação do mandato, que se passou por instrumento público, pode ser por instrumento particular, ou verbalmente, ou pelo ato do mandante. Em princípio, as revogações não estão sujeitas ao *princípio do paralelismo ou simetria das formas.* Todavia, a extinção de direitos, cuja eficácia depende de registro (ou a cessação dessa eficácia), tem de ser por outra inserção registrária, que cancele o registro anterior ou tenha esse efeito extintivo. Para o distrato, o direito brasileiro tem regra ju rídica especial (art. 1.093, 1º parte): "O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato." Já tratamos do assunto da simetria das formas, a propósito da forma do pré-contrato.

Capitulo V

Pluralidade de sujeitos e comunhão

§ 594. Sujeito plural

1.

Direitos e pluralidade de sujeitos. Posto que, de regra, a cada direito corresponda um só sujeito, sem qualquer inserção de outrem (direito à nacionalidade, direitos pessoais dos cônjuges), há direitos que podem pertencer a dois ou mais sujeitos, — tal como ocorre com a compropriedade, com a servidão a favor de dois ou mais prédios, a hipoteca, o penhor, os direitos de crédito, sem quebra do princípio da individualidade dos direitos, de que já tratamos. A doutrina, diante de tais fatos, ineliminá veis da vida, teve de tomar atitude, respeito à construção: ou *a)* admitia a unidade, a mesmeidade do direito com pluralidade de sujeitos, ou *b)* a pluralidade de direitos com os seus respectivos sujeitos, com ou sem cumulação subjetiva do exercício. Tese e antítese. De inicio, observemos que se confundia essa questão com a questão da transmissão dos direitos e, o que era mais delicado, com a questão da sucessão dos sujeitos *na* relação jurídica. Os sujeitos, ao se transferirem direitos, ou ao se transmitirem, não se inserem na

relação jurídica, que havia, porque seria tomar-se por identidade a parecença, a sucessão mesma; porém os direitos, esses, ao se transferirem ou transmitirem, recebem no lugar do sujeito, ou dos sujeitos, que havia, outro ou outros sujeitos, porque se está em plano de eficácia, no qual o sistema jurídico pode estabelecer o que entenda. Quanto à pluralidade de sujeitos, nenhuma dificuldade há em que se conceba a relação jurídica como relação com pluralidade de sujeitos, nem o direito como direito com pluralidade de titulares. Apenas — e aqui se tem de afastar qualquer resposta *a priori,* quer no sentido da tese, quer no sentido da antítese — os fatos e as conveniências da vida social exigem que alguns direitos sejam suscetíveis de pluralidade subjetiva, e outros não; que a inserção de mais um sujeito implique cissiparidade do direito, ou não na implique; e que a transmissão a dois, ou mais, determine a comunhão, ou determine a pluralização do direito mesmo.

2. *Comunhão de direitos. A comunhão* de direitos aparece, nítida, na comunhão de bens entre cônjuges, na comunhão hereditária e nos patrimônios: só entra na comunidade o que é de titularidade múltipla; o que não no é fica de fora. Em verdade, há pluralidade subjetiva da relação jurídica, ou das relações jurídicas. Há mais: há pluralidade de direitos, que existem em *comum,* ou direito a sujeitos plurais. O bem que, no regime da comunhão universal de bens, foi adquirido por um só dos cônjuges, entra no patrimônio comum e a relação jurídica foi plurissubjetiva desde a aquisição. De modo que são comuns todos os direitos e deveres que se irradiem. A medida que cada comuneiro participa é determinada numericamente (metade, quanto aos cônjuges; n quanto a *n* herdeiros de ascendente etc.). Tratando-se de direitos, ou de deveres, não há qualquer dificuldade

em se falar de pluralidade subjetiva a respeito de cada um deles; mas os sistemas jurídicos obstam a que se disponha desses efeitos sem se dispor da coisa: nem o cônjuge pode alienar o bem comum, ou a metade que lhe toca em algum dos bens comuns, sem que o outro cônjuge também aliene; nem o herdeiro pode transferir, agora, o que lhe toca em determinado bem da herança. *Tudo se passa* como se o *patrimônio fosse o titular,* mas a ciência não precisa de ficção para o explicar Os direitos e deveres é que são *em comum.* A administração dos bens comuns é organizada exatamente para se manter no plano

dos fatos o que esulta dos conceitos jurídicos.

Os atos por conta e a favor do patrimônio comum são apenas, elipticamente, os atos por conta e a favor “dos tituiares” do patrimônio comum, inclusive em caso de quantia que provém de alienações. A distribuição, que se tem por fito e se obtém com a liquidação, é que despluraliza a subjetividade, *envolvente,* do patrimônio, em que se alojavam os direitos e deveres, as pretensões e obrigações, as ações e as exceções, porque se partiu da causa, que foi a relação jurídica do patrimônio. Tal é o que se verifica em toda comunhão unitária.

3.

Comunhão simples. A comunhão *simples* não acontece em virtude de relação jurídica geradora de patrimônio à parte. A pele, que envolve o todo em que os direitos e deveres entram, não existe. A comunhão simples é consequência da pluralidade, a corrida, de sujeitos a respeito de determinado bem da vida. Não há, repita-se, a cápsula do patrimônio. A multiplicidade de sujeitos é imediata; não há direito ao patrimônio, que venha antes, porque não há relação jurídica de patrimônio. E o caso do condomínio, da comunhão *pro diviso, da* própria composse, se não há pré-exclusão do art. 488.

4.

Comunhão unitária. (a) Na comunhão unitária, há pluralidade de sujeitos com unidade de relação jurídica, que é a do patrimônio, — o que permite que entrem, e saiam, direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, sem que a relação jurídica mude. O princípio de que a relação e os seus termos são elementos necessários da identidade fica de pé, incólume, podendo os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções perpassar sob a pele patrimonial. Porém a identidade da relação jurídica envolvente, *no tempo,* faz necessária a estruturação dos direitos, deveres, pretensões, ações e exceções como a sujeitos plurais. Cada direito, cada dever, cada pretensão ou obrigação, cada ação ou exceção, é ente jurídico *uno,* mas com pluralidade (necessária) de titulares. O nome “comunhão unitária” revela-se feliz. Cada crédito é crédito de A, B e C; e não crédito de A + crédito de B + crédito de C. A alusão à quota é implícita: a quoticidade da relação jurídica do patrimônio reflete-se na sua esteira de efeitos, entre os quais estão os direitos.

Não se pode eliminar essa alusão, porque a quoticidade está contida na relação jurídica patrimonial, que é *prius* (e o esforço contrário de A. von Tuhr, *Der Aligemeine TeU,* 1, 81 e nota 11, foi infrutífero), nem se pode explicitar, sem que se contradiga a unitariedade da comunhão (o que tentara, *e.g.,* J.Binder, *Die Rechtsstellung des Erben, III, 27* ***5.;*** *Das Problem der juristischen Persãnlichkeit, 78 s.). Quem mais se* aproximou da verdade foi R. Sohm *(Der Gegenstand,* 65), ao referir-se a "quotas em virtude de direito pessoal" *(Anteile kraft Personenrechts).* Esse direito pessoa! é o que se irradia da relação jurídica de comunhão unitária, como há, e é inegável, a situação jurídica de comunhão simples, pessoal, que a comunhão nos direitos reais não consegue apagar. O prob!ema de se saber quem são os sujeitos dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, dentro do patrimônio, é independente de se afirmar a pluralidade subjetiva na relação jurídica (envolvente) de comunhão unitária. A decomposição deles em muitos direitos, cada qual com o seu titular, foi a antítese de J. Binder *(Die Rechtsstellung des Erben,* III, 50) e de P. Krtickmann (Beschrãnkter Rechtserwerb, *Archiu fur die civilistfsche Praxis, 103, 294) à tese* "corporativista" de O. Gierke e de A. von Tuhr, que não deixa de revelar resto de concepção romana da *hereditas.* Aquela tem de recorrer a limite imposto pelo fato da pluralidade à faculdade de disposição; essa sacrificou o mais ao fato desse limite. Contra aquela, há de alegar-se que o devedor do crédito, na comunhão unitária, não pode opor compensação contra o crédito de um dos comuneiros; nem o credor da dívida descontar a quota do comuneiro devedor Aí, pois, está, além da limitação à disposição, algo mais. Se um dos comuneiros aliena bem imóvel e o registro se faz (art. 530, O, o adquirente imediato está exposto a ação dos outros comuneiros. Contra a tese

"corporativista", é de argUir-se que, se se faz esmaecer a quoticidade, até que, com a liquidação, se tenha de recobrir, cria-se dificuldade para se explicar a distribuição in *abstracto* durante o intervalo.

A comunhão unitária é o que mais se aproxima da sociedade personificada, porém falta-lhe o *quid* da titularidade una: na sociedade personificada, a relação jurídica, quanto ao patrimônio, não é plurissubjetiva; a pluralidade de titulares desapareceu. Nenhum dos sócios é comuneiro dos bens, ainda em pluralidade; dona deles é a sociedade; nem é devedor nas dividas da sociedade. O grande mal de O. Gierke *(Deu tsches Priuatrecht,* 1, 682; II, 398) foi exatamente o de borrar as fronteiras entre a sociedade personificada e a comunhão unitária, atribuindo a essa, contra os fatos, a unidade subjetiva. Ainda a respeito das sociedades em nome coletivo, se o sistema jurídico as *personifica,* claro é que as desloca do plano das comunidades unitárias

para o plano das pessoas, e toda álusão à pluralidade subjetiva seria errônea; como toda alusão à unidade

subjetiva o seria, se o sistema jurídico negasse a personificação.

5.

(b) Pluralidade de sujeitos na comunhão simples. Na comunhão simples é inegável o *quid* da comunhão, mas a pluralidade de sujeitos vem à tona. Não há aquela pele do patrimônio comum. Os titulares são dois ou mais e os direitos tantos quantos os sujeitos. Na composse e no condomínio, cada um dos comuneiros é titular da sua quota. O que há de comum é muito pouco; e diminui, ainda mais, quando se passa à comunhão *pro diviso,* na qual as partes comuns podem ser pequeníssimas *(e.g.,* o corredor de saída; o pátio). A discussão em torno de se há dois ou mais direitos de propriedade, ou se só há um, no condomínio, é ociosa: exatamente em haver direitos que recaem sobre a mesma coisa, e inteira, é que está o *quid* da comunhão; a relação jurídica de propriedade é múltipla; há tantas relações jurídicas quanto os titulares CC. Crome, System, III, 430 s), constituindo soma de direitos de propriedade, irradiados daquelas relações jurídicas distintas, o que não exclui "comunhão" (é a comunhão pela convergência das relações jurídicas). Não se precisa recorrer à noção de direitos dos comuneiros sobre o direito (uno) de propriedade, como E Endemanri *(Lehrbuch,* II, *1,* 8º-

9º ed., 443, nota 7), nem se pode exigir a unidade do direito de propriedade (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 83, o que revela, nele como em outros autores, haver-se dado ao *Duorum in solidum dominium esse non posse* inteligência inadequada). O direito do condômino não é menos exclusivo do que o do dono único. Os limites entre os direitos não resultam de comprimirem-se, e sim de coexistirem; são limitações, são limites, no sentido de onde cada relação jurídica acaba. E precisoverse na convergência de relações jurídicas *o* bastante para o *quid* da comunhão. As faculdades passam a ter de ser reguladas, ou em proporção às quotas, ou por outro critério; e, *aí sim,* as quotas são medida para se saber como e até onde, ou até quando se exercem os direitos dos comuneiros. Não há resposta *a priori* para a regulação do exercício e das faculdades. Se duas ou mais pessoas possuem coisa indivisa, ou estão no gozo do mesmo direito,

cada uma pode exercer atos possessórios sobre o objeto comum, contanto que não excluam os dos outros compossuidores (art. 488). Não se pode possuir parte incerta; ou se possui toda a coisa, ou parte certa (Miguel de Reinoso, *Observationes Practicae,* 186 s.). Mas, se composse há, — ou se dá a distribuição no tempo, ou se arrumou a posse, de modo que cada possuidor fique, até a partilha, com a quota em parte discriminada (parte divisa), ou exercem *todos a* posse (art. 488; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas, 1, 23). A* regulação é interna à comunhão, deixada àcompatibilidade da exercitação por um em relação à *efetiva* exercitação pelo outro, ou pelos outros, e não em relação à possibilidade *abstrata da* exercitação por esse, ou esses (G. Rúmelin, Zur Lehre von der Teilung, *Jherings (JahrbOcher,* 28, 464). Tal princípio não é peculiar à posse em comum; concerne a toda comunhão que não tenha outra regulação. A regulação voluntária é sempre permitida; na falta e não sendo possível a do princípio que aparece no art. 488, — ou o exercício por um não se choca com o exercício por outro ou pelos outros compossuidores, ou se choca. No primeiro caso, não há problema: o exercício encheu parte e todo o espaço que se lhe abria e ao exercício pelo outro, ou pelos outros; e a esse não chegou aquele, ou esse não ocorreu. No segundo, a turbação ou esbulho é atacável no mundo fático, conforme o art. 502 (legitima defesa, ou justiça de mão própria), ou o sistema jurídico admite que se lance mãos da ação possessória de esbulho, ou dela e da de turbação. E de atender-se, de antemão, a que Miguel de Reinoso *(Observa tiones Practicae,* 186) só se referia aos interditos restitutórios; mas Manuel de Almeida *e Sousa (Tratado dos Interditos, 190)* e Lafaiete Rodrigues Perei *ra (Direito das Coisas, 1, 23, nota 5)* não distinguiam: quaisquer ações seriam intentáveis. O Código Civil alemão, § 866, excluiu a ação, quando se trate de limitar o uso respectivo. Tal delimitação ficaria à legítima defesa e à justiça de mão própria, ou às ações petitórias (E Kretzschmar, *Das Sachenrecht,* 35; L. Rosenberg, *Sachenrecht, 108). No caso de* turbação, somente haveria as ações petitórias «3. Planck, *Konimentc.r,* III, 76 **5.;** C. Crome, *Systeni, III, 82,* nota 38; M. Wolff, *Lehrbuch,* [II, 54, nota; II *Kress, Besitz und Recht, 270). O*

Código Civil brasileiro não distingue; nem no distingula o direito anterior Quanto ao condomínio, se não é possível o uso e gozo em comum, e não houve unanimidade quanto à alienação, a maioria absoluta decide, a respeito da locação ou administração, calculando-se a maioria absoluta pelos quinhões (art. 635 e §§ 1º e 2º

arts. 636 e 637, *pr.* e §§ P e 29. Em relação a terceiros, cada condômino tem a tutela juridica (art. 623, II). No regime matrimonial da comunhão, o chefe da sociedade conjugal tem, de regra, a posse

imediata; o outro cônjuge pode ter só a mediata; após a dissolução da sociedade conjugal, a posse fica àquele a quem pertencem os bens. Quando algum comuneiro reivindica, o réu tem de entregar a coisa a todos os comuneiros, ou depositá-

la. O art. 623, 11, dá a qualquer dos comuneiros a reivindicação (idem, art. 1.580, parágrafo único); porém a pretensão reivindicatória tem de ser satisfeita de tal modo que não prejudique aos demais: é certo que, na solidariedade ativa, o pagamento feito a um dos credores extingue inteiramente a dívida (art. 900); porém os arts. 623,11, e 1.580 não tornam solidária a dívida; rege as espécies o art. 892, pelo qual, nas obrigações indivisíveis, não-solidárias, só se libera o devedor se paga a todos, ou a um, dando caução de ratificação dos outros *comuneiros. A mora creditoris* de um deles não se estende aos outros: o efeito é só subjetivo. Demais disso, cada comuneiro tem o seu poder de disposição, o que evidencia a independência dos direitos e, até, de relações jurídicas. Cada um dispõe do que é seu; e o art. 632 apenas revela o *quid* de comunhão simples. O

credor de todos os comuneirc s pode executar todas as quotas, ou a coisa inteira; todos podem oferecê-la em

penhora. Com a aquisição de uma das outras partes, o condômino de uma passa a ter duas, e assim por diante.

Com a aquisição de todas, antes do registro, éele dono de todas as quotas (automaticamente, da coisa); com o registro da última, dá-se a extinção do condomínio: o direito de propriedade passa a ser unitário. Cada comuneiro pode gravar a sua quota, ainda que haja servidões sobre todo o imóvel; não pode constituir servidões reais, nem outros direitos que apanhem a coisa toda ou não se prestem à quoticidade. A divisão da coisa recai sobre a coisa, é *material,* e não sobre o direito; os direitos dos condôminos são dois ou mais, e nada sofrem com a divisão. Divide-se a coisa; desce-se ao mundo fático; a comunhão cessa, porque falta, desde a divisão (que é no suporte fático), o elemento que prenda os direitos; cada um dos titulares recebe e dá ao outro (execução pela divisão), de jeito que se faz proprietário unitário. Se se aliena a coisa, fica o valor, que se divide, com a proporção das quotas. Por isso mesmo que é o *quid* da comunhão que sugere tais princípios, são eles gerais às comunhões simples, ainda quando na lei só se redigiram para o condomínio. Portanto, se a comunhão simples

ocorre a respeito de direitos sobre bens imateriais, os princípios são de invocar-se, se a lei não previu, em regra jurídica à parte, a espécie.

Discute-se se pode haver comunhão simples quanto a usufruto, uso, ou habitação, e quanto a servidões. No usufruto a favor de duas ou mais pessoas (art. 740), portanto à base de quotas, a extinção quanto a um dos usufrutuários deixa sem esse direito real a propriedade, salvo se se constituiu com a estipulação expressa de caber aos outros usufrutuários. Num e noutro caso, há comunhão simples (co-usufruto), e os princípios concernentes ao condomínio são de invocar-se, por serem princípios gerais da comunhão simples. Assim, — se têm os usufrutuários de alugar a coisa ou de administrá-la, hão de decidir pela maioria absoluta dos quinhões (arts. 635, §§ F e 2º, 636 e 637, §§ 1º e 2v). Também o uso pode ser em comunhão simples (arts. 745 e 740).

Idem, a habitação (arts. 747, 748 e 740). Ali, est~ o co-uso; aqui, a com-habitação. As servidões são indivisíveis (art. 707, IA parte) e *inquotizáveis:* indivisíveis *(Seruitutes dividi non possunt),* porque, disse Pompônio (Fragmento de que deu conta Arnaud de Ferron, *In posteriorem partem consuetudinum Burdigalensium Commentarii, 72), o uso* delas é conexá, tal que, se alguém as *partir, lhes* corroh~perá a t..tureza *(num s.arum usus ita connexus est, ut qui eam partiatu~ naturam etus corrumpat); inquotizáveis,* porque não se pode dizer qual a quota que cabe a cada um, em relação às quotas do prédio dominante (Modestino: *Pra parte dominii servitu tem adquiri non posse volgo traditur, L. 11, D., de seruitutibus, 8, 1), nem* quais as quotas dos comuneiros do *prédio* serviente (Ulpiano, L. 6, § 1, D., *communia praediorurn tam urbanorum quani rusticorum, 8, 4: "..per partes servitus* imponi non potest"). Se se *partilha* o prédio dominante, os comuneiros dele são titulares da mesma servidão (indivisível, que é): a construção ou é *a)* a da pluralidade de titulares com pluralidade de servidões, ou *b)* a da pluralidade de titulares da mesma servidão. O

interesse da resposta não é só teórico. A gravação não pode ser mais dura, depois da partilha, do que o seria, antes, para o prédio serviente. De modo que a partilha não muda a servidão: continua a mesma, com dois ou mais sujeitos ativos. Se se *divide* o prédio dominante, subsiste a servidão em benefício de cada um dos quinhões, salvo se, por sua natureza, ou destino, só se aplicar à certa porção ou a certas porções do prédio dominante (art. 707, *V parte e in fine). Se se partilha o* prédio serviente, a servidão fica incólume. Se se *divide* o prédio serviente, a servidão continua de gravar cada um dos quinhões, que formam prédios novos, salvo se, por sua natureza, ou destino, só se aplica à

certa porção ou a certas porções do prédio serviente (art. 707, 3º parte e in *IEne). Há, portanto, o princípio da indiferença à partilha e o princípio da indiferença à divisão, salvo se só um dos* novos prédios ou alguns deles hão de acarretar com a servidão. Pode dar-se que concorram duas ou mais servidões sobre o mesmo prédio, de tal jeito que não possam ser exercidas concorrentemente, ou não no possam ser de maneira ou na medida satisfatória; então, cada titular pode, se não há diferença de grr~u entre os seus direitos, pedir que se "regulamente" o exercício delas, de modo eqUitativo e atendidos os interesses em causa. E a *ação de regulamentação do exercício.*

Se há a divisão do prédio dominante e a servidão permanece, pode dar-se que concorram, quanto ao exercício, as servidões que resultaram da anterior, ou que não concorram. Se concorrem, o exercício das servidões é, preliminarmente, matéria de deliberação dos ex-comuneiros, tal como seria ao tempo da indivisão; se não se chega à deliberação unânime, decide-se segundo as regras dos arts. 635-637. Os arts. 635-637 são estranhos às servidões concorrentes sem comunhão presente, ou passada, porque, nao havendo, ou não tendo havido comunhão, não há relação numérica, ainda presumida (art. 639), entre elas. A regulamentação do exercício somente pode ser sentencial, pela prestação jurisdicional na ação de regulamentação do exercício. Quanto à servidão pelo prédio dominante comum *pro indiviso* ou *pro diviso* (respeito àpropriedade), somente todos podem renunciar a ela. Se há colisão quanto a exercício de direitos de usufruto, sem ter havido e sem haver comunhão, a ação para regulação do exercício é que cabe, e não a deliberação dos arts. 635-637.

6.

Créditos e princípio da prevenção. Os créditos *são* independentes, quer respeito a si mesmos, quer respeito às pretensões, quer respeito às ações. Ainda no tocante à penhora do patrimônio do devedor, o

princípio, que os sistemas jurídicos adotam, é o *princípio da prevenção.* Se o concurso estabelece limitações re-cíprocas, que merecem estudo à parte. Dir-se-á que há a *solidariedade* e a *conjuntividade,* que conduzem à noção dos créditos a sujeitos múltiplos. O crédito seria A: credores,

C, C‟, C”. Ou o crédito seria A; e devedores, D, D‟, D”. Seria inegável, assim, a comunidade simples de créditos. Não têm, hoje, contudo, os sistemas jurídicos a comunhão simples de créditos. Só têm a comunhão unitária *(e.g.,* créditos comuns e dívidas comuns dos cônjuges). A discussão sobre terem-na, ou não, o direito romano e o comum, foi das mais memoráveis. A opinião mais radical era no sentido de não existir, no direito romano, a distinção entre a correalidade e a solidariedade (simples): seria a ilusão proveniente de interpolações que não foram convenientemente estudadas (Fr. Eisele, Correalitãt und Soliderităt, *Archiu fúr die civilistische PraxEs,* 77, 374

s.). Outras opiniões procuraram caracterizar a diferença; todas, porém, tinham de pecar pela falta de conceituação precisa, em direito romano e comum, entre *relação jurídica, ctédito* (e débito) e *pretensão* (e obrigação). Nos sistemas jurídicos de hoje, não há comunhão simples de crédito. A solidariedade e conjuntividade concernem á prestação: ou qualquer credor pode demandar a totalidade da prestação, como se fosse só (art. 898), e a solução a um deles extingue (art. 900) toda a dívida (solidariedade); ou qualquer deles somente pode pedir toda a prestação para todos *(e.g.,* art. 892), o que exclui serem solidários (conjuntividade, pela indivisibilidade da prestação, ou de origem negocial) e não restringe o poder de disposição. Importa dizer-se, no caso de credores conjuntos, que qualquer deles pode cobrar o seu crédito, sem que precise do consentimento dos outros; pode remitir a dívida, no que lhe toca, e não a dívida toda *(aliter,* em se tratando de solidariedade, art. 903); pode ceder o seu crédito; o seu crédito é suscetível de penhora e outras medidas constritivas, sem que, com isso, o seu devedor deixe de adimplir ao outro ou outros credores conjuntos. A figura da comunidade simples é forte demais para explicar o que se passa, posto que haja parecenças com o condomínio e outras comunhões simples. Resta o problema das relações entre os credores. A invocação dos arts. 623, II, 624, 635, 641 e outros, concernentes ao condomínio, somente pode ser *por analogia.* Tudo que até aqui foi dito, quanto aos créditos, também se há de entender respeito ás garantias a eles (fiança, penhor, hipoteca, caução). Desde que haja pluralidade de credores, o direito real não é comunhão simples: cada credor, solidário ou conjunto, é titular de um direito real. O art. 836, que veda, no mesmo dia, duas hipotecas sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, não é óbice ao registro de escritura de hipoteca a favor de credores solidários ou de credores conjuntos; nem épreciso que se façam duas ou mais escrituras distintas.

7.

Direitos formativos e *comunhão unitária.* Os direitos formativos (geradores, modificativos, ou extintivos) e os poderes de ato ou de negócio *(Machtbefugnisse),* inclusive de gestão ou administração, se pertencem à comunhão unitária *(e.g.,* cônjuges, co-herdeiros), têm sujeito ativo plural. Não é o exercício que se há de conceber como sendo comum; o direito mesmo o é. A organização da comunhão unitária é que estabelece quem tem o poder de disposição dos bens comuns, de exercer aqueles direitos e de administrar. Se tais direitos, ditos

"potestativos", não se acham em comunhão unitária, ou não derivam de comunhão simples, como se A e B têm de exercer a exceção *non adimpleti contractus* ou o direito de resolução do art. 1.092, parágrafo único, ou o direito de opção, que lhes foi conferido em contrato, ou promessa unilateral, há-se de entender que A tem a sua exceção non *adimpleti contractus,* ou o seu direito de resolução, ou de opção, e B aquela exceção ou um desses direitos. Se podem ser exercidos por um só dos titulares, ou por alguns, ou por todos, depende do exame do negócio jurídico. No direito brasileiro, só há as regras dos arts. 1.143 (retrato) e 1.154 (preempção). Na solidariedade ativa, no direito de exigir o cumprimento (art. 898) não está necessariamente compreendido o direito de resolução; a *fortiori,* na solidariedade passiva (art. 904). Resta saber-se como, na dúvida, se há de decidir: ou (a) se tem como direito cogente, ou dispositivo, ou, pelo menos, interpretativo, que, havendo pluralidade de credores, ou de devedores, o direito de resolução somente pertence a todos, ou é contra todos, e só todos o podem exercer, ou sofrer o exercício (cf. Código Civil alemão, § 356; antes, E Ricci, *Corso,* Vil, nº

207); ou *(b)* se há de recorrer, por analogia, aos arts. 635-637 (comunhão simples); ou *(c)* se há de entender compreendido no poder do art. 900 (receber pagamento por todos os credores), ou no poder do art. 904 (receber pagamento por todos os devedores) o direito de resolução; ou *(d)* se há de recorrer ao critério da verificação da indivisibilidade ou divisibilidade da prestação (arts. 892 e 893), solução para a qual propendeu parte da doutrina francesa e italiana, regulando, analogicamente, pelas regras da pretensão ao cumprimento, o direito de resolução. Adotam (c) todos os que partem da exercitabilidade do direito de resolução sem consentimento de todos *(e.g.,* 6. Giorgi, *Teoria,* IV, 7º ed., 244), ou pelo que foi atingido pelo inadimplemento. A solução *(d)* foi seguida por 6. G. Auletta *(La Rizoluzione per inadempimento,* 445 s.). O direito de resolução toca à relação jurídica, de modo que (e) se há duas relações jurídicas, ou

mais, no mesmo contrato, o direito de resolução só é exercível por todos os que são titulares de créditos oriundos de cada relação jurídica, não-dependente de outra: desde que há relação jurídica una, plurissubjetiva, a sua unidade exige o exercício por todos. Ora, isso não ocorre quanto a todas as pluralidades de credores, mas é o que se dá na solidariedade e na conjuntividade. A relação jurídica básica é uma só; a independência é só no plano da eficácia dessa relação jurídica (créditos, débitos; pretensões; obrigações; ações; exceções). O que extingue, ou resolve, ou resile, ou desfaz a relação

jurídica básica, vai mais fundo.

A distinção entre comunhão simplas e comunhão unitária tem — como se vê — grande importância teórica e prática. Não épossível falar-se, com precisão, de comunhão, sem se saber de qual delas se fala. Ser condômino do prédio A e ser cônjuge de quem trouxe ou adquiriu, no regime matrimonial da comunhão de bens, o prédio A são titularidades inconfundíveis, se bem que, aqui e ali, o bem seja *comum.*

Capítulo VI

Patrimônio

§ 595. Unívers alidades de fato e de direito

1. *Conceitos e* precisões. As *universitates rerum* distinguiram-se em *universitates facti* ou *hominis e universitates iuris* (de direito, *iuris!,* e não de direitos, *iurium,* pois aquelas também o são). A distinção entre coisas singulares e universais ou coletivas já é feita no mundo jurídico: esse não a recebe, sem mais, do mundo fático, a despeito do outro sentido que tem, na L. 23, *pr.,* D., de *usurpationibus et* usucapionibus, 41, *3, a* expressão *universitas.* As *universitates facti* são de direitos, posto que a atração provenha dos fatos *(e.g.,* rebanho). No terreno gnoseológico, passa-se o mesmo que ocorre com as pessoas físicas e as

jurídicas, aquelas não são menos entidades jurídicas que essas; alude-se, tão-só, a maior carga de fático. (Quando R. Sohm, *Der Gegenstand,* 16, pretendeu que, na alienação do direito de propriedade, se alienasse a coisa, ao passo que se cedesse o *direito* de crédito, ainda fora vítima do romanismo da disposição da coisa, expressão que se mostrou ser elíptica.)

2.

Universalidades, no direito romano. Talvez o rebanho fosse, na doutrina romana, a única "coisa" coletiva (res *ex distantibus),* e alguns o afirmam (e.g., R Bonfante, *Corso di Diritto romano,* II, *1,* 121; Carlo Longo, Corso *di Diritto romano,* 55 **5.;** contra Cano Fadda e P. Emilio Bensa, notas a B. Windscheid, V, 1 s., e Domenico Barbero, Le *Universalità patrimoniali,* 55 s.). A grande dificuldade, criadora de discussão, sobre ser unidade, coisa distinta dos seus elementos, e unitária, a universalidade, ou apenas pluralidade que o direito trata, sob certos aspectos, como unidade,adveio de se não haver atendido a que a distinção entre coisas simples e coisas compostas se manifesta no mundo fático, ao passo que a distinção entre coisas ou bens singulares e universalidades já se opera no mundo jurídico. Os arts. 54-57 valem por tomada de posição doutrinária, por parte do legislador brasileiro. Não se alude à mesmeidade do proprietário, mas é de entender-se necessário esse pressuposto. A diversidade de dono *quebra* a universalidade de fato ou a de direito. Porém andou-se bem em não se aludir a ser o mesmo o proprietário. Exatamente ai, nas ocasiões em que se trata de reivindicar algum elemento, a universalidade se afirma, com a consistência da sua categoria jurídica. O que é proprietário, ou, em geral, titular do direito sobre a universalidade, não precisa dar prova de o ser de cada elemento: o ônus é daquele que o nega. (Por isso mesmo, é fonte de equívocos o art. 816, alínea 1º, do Código Civil italiano: "Ê

considerata universalità di mobili la pluralitá di cose che appartengono alIa stessa persona e hanno una destinazione unitaria.")

3.

Destinação econômico-social. O que importa é a destinação econômico-social, refletindo-se no direito.

Não importa se está em exame algum complexo de coisas inanimadas,

ou de coisas animadas, ou de coisas animadas e inanimadas (complexos heterogêneos). Diante das regras jurídicas, que o Código Civil acolheu, não se pode negar que a *empresa* seja universalidade, pois estão satisfeitos todos os pressupostos. A definição mesma de empresa claramente o diz: soma de coisas, direitos, pretensões, ações e exceções, *mais* circunstâncias de fato *(soodwill)* que se organizam, sob titularidade comum, em unidade. Não importa se é mercantil, ou não, a empresa: os arts. 54 e 57 são de Parte Geral do Direito, e não só do Direito Civil. Na empresa, que é universalidade de direito, há mais do que no patrimônio, que também é universalidade de direito, e mais do que na universalidade de fato: quanto àquele, porque se incluem nela as oportunidades ou probabilidades, como a clientela, a fama, a propaganda, e pois a empresa émais do que a soma dos direitos; quanto a essa, porque há, na empresa, coisas (direito de propriedade) e direitos. *Não há direito real sobre a empresa;* donde terem-se de observar, a respeito de cada elemento, as suas regras jurídicas sobre transmissão. As oportunidades mesmas

regem-se por suas regras jurídicas próprias. Se a empresa pertence a uma só pessoa física ou jurídica, há o patrimônio, que consiste na soma dos seus elementos direitos, *e* a empresa. No caso de negócio jurídico sobre a empresa, abrange ele mais do que o patrimônio; donde a diferença entre a venda e compra dos bens da empresa e a venda e compra da empresa.

4. Estradas *de ferro.* As estradas de ferro, como *coisas coletiuas* (art. 54), não são parte integrante dos terrenos em que estão postos os seus trilhos, porém tratam-se à semelhança dos imóveis, tanto mais quanto podem estar inclui-los na coisa coletiva bens imóveis ou nela estar um só bem. Dai exigir-se, para a sua transmissão, o *registro* no cartório correspondentes à estação inicial da respectiva linha (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art.171). Sob o direito anterior, a inscrição havia de ser no Livro 4, e não no Livro 2 *(de iure condendo,* melhor teria sido a transcrição). Não se dispensa o registro relativo aos Móveis componentes (Lei nº 6.015, art.

167, 1, 32)), se já constavam do registro. Estatuiu o Decreto-Lei nº 3.109, de 12 de março de 1941, art. 1º "A transmissão das estradas de ferro será registrada na forma prescrita pelo art. 852 do Código Civil." E

acrescentou o parágrafo único do art. 1º: "Em caso de incorporação, servirá de título para o registro a cópia autêntica da ata de reunião conjunta, em que os administradores ou os mandatários especiais das companhias interessadas tiverem tornado efetiva a incorporação, ficando arquivadas, com uma segunda via dessa cópia, as cópias, também autenticadas, das assembléias das sociedades incorporadora e incorporada, nas quais se autorizou a incorporação."

§ 596. Patrimônios

1. *Conceito* de *patrimônio.* Diz o art. 57: "O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais." O patrimônio existe enquanto há a sua razão de ser, *o* seu fundamento jurídico, o seu destino jurídico. E conceito já surgido no mundo jurídico, no plano da eficácia.

(a) À pessoa corresponde algo como *sombra* sobre os bens da vida, ainda que nada cubra essa sombra: é a sua esfera jurídica, como continente, na qual se hão de alojar os bens e talvez ainda não se aloje nenhum bem, exceto o que é ligado à personalidade mesma e não entra na definição de patrimônio. Patrimônio é o que seria essa sombra, *menos* o que não é patrimonial (vida, saúde, liberdade etc.). Os meus direitos como pai não entram no meu patrimônio. Os direitos de A, como mulher de B, não entram no seu patrimônio. É verdade que a ofensa à liberdade precisa ser indenizada; a liberdade não é porém, direito patrimonial. Da exigência prática da vida é que resulta ter-se de dar sucedâneo patrimonial à liberdade. O valor econômico exerce esse papel de integralização das esferas jurídicas, ainda quando o dano não seja, em si, patrimonial.

(b) Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos. Isso não quer dizer que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais. Só a lei pode separar patrimônios. Se A distingue os seus bens em bens sitos em São Paulo e bens sitos no Rio de Janeiro, nºm por isso se pode falar de dois patrimônios de A. Tampouco importa o tempo em que se adquiriu o direito, pretensão, ação ou exceção. O patrimônio de A abrange o que era seu antes de se

casar e continuou de o ser, o que adquiriu, casando, e o que depois adquirir. A entrada e saida dos elementos não atinge a identidade do patrimônio, ainda que todos saiam, ou que todos se mudem. Quando se promete a transferência de patrimônio, promete-se o que existir no momento da transferência; aliás, se há bens de diferentes classes, no momento das transferências. A promessa de transferir o patrimônio constante de *a, b,* e *c,* não é promessa de transferência de patrimônio, e sim dos direitos *a, b* e *c.*

(c) A morte do titular não extingue o patrimônio. Todo esse vai aos herdeiros. Tal inserção dos herdeiros é fácil de operar-se e de explicar-se porque se está em pleno mundo jurídico, no plano da eficácia. Por isso mesmo, no que concerne a cada herdeiro, a herança (patrimônio) se funde no patrimônio do herdeiro, ou dos herdeiros, sem perder as suas linhas próprias. Dá-se o mesmo quando o patrimônio do ausente se devolve à unidade estatal.

(d) No patrimônio apenas entram os direitos patrimoniais, embora não só os direitos patrimoniais apreciáveis em dinheiro. Nele, só há direitos. Não se pode dizer, em terminologia e sistemática jurídica escorreitas, que a casa A é elemento do patrimônio de alguém; o que é elemento do patrimônio é o direito de propriedade sobre a casa A. São elementos do patrimônio a propriedade e os demais direitos reais, os direitos sobre bens imateriais,

os direitos de crédito e a herança, que, por sua vez, é universalidade de direito. A posse também é elemento assim da herança (art. 1.572) como do patrimônio. Os direitos formativos *(e.g.,* o de aceitar oferta de contrato) podem ser elementos do patrimônio. Outrossim, a quota em patrimônio especial: *e.g.,* o patrimônio de A, casado sob o regime matrimonial da comunhão limitada de bens, é formado por *seus* direitos e o *seu* direito à metade dos bens comuns. Também se incluem no patrimônio os direitos expectativos. *Aliter,* as expectativas puras, como a esperança de herdar de 8, que está vivo, e os fatores de fatos futuros (se a estrada passar pelas terras, valorizar-se-ão; a clientela a vir; a capacidade de trabalho). Trata-se de *interesses,* que podem ser feridos e dar lugar à incidência de regras jurídicas sobre atos ilícitos, porém ainda sobre eles não incidiram regras jurídicas que estabelecessem fatos jurídicos de que os direitos seriam *efeitos.*

O patrimônio apresenta certo grau de compactitude; é o fim, que o liga. Tal fim não o faz pessoa, como pareceu a muitos *(e.g.,* 1-1. Brinkmann-Bondi, *Alies und* Neues *dber Sammeluermôgen,* 48), nem tampouco apaga, como absurdamente aventurou Gustav Schwarz (Rechtssubjekt und Rechtszweck, *Archiu fOr Borgerliches*

Recht, 32, 151), a diferença entre pessoas naturais e pessoas jurídicas. O patrimônio serve ao fim; não é fim em si. A identificação "patrimônio sem sujeito pessoa jurídica", que lançou E. Seckel (no 3O~ Congresso dos Juristas alemães), não é menos absurda.

2.

Elementos do patrimônio. São elementos do patrimônio, no direito das coisas: a) a propriedade, inclusive a propriedade literária, artística, científica, ou industrial, ainda que a coisa haja perdido o valor, se o titular não na abandonou, ou não renunciou a ela; os demais direitos reais; *c)* a posse (sem razão, R. Sohm, *Der Gegenstand,* 26), que tem valor, se transmite por herança (arts. 495 e 1.572), é continuada pelo sucessor universal e unível à do sucessor singular (art. 496), além de poder ser objeto de execução forçada *(aliter,* A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* 1, 316, nota 15) a posse mesma. Penhora-se a coisa, que está em poder do devedor, salvo se manifestamente teria de ser entregue a outrem (art. 505, 2" parte), que embargasse como terceiro senhor e possuidor (arts. 500, 507 e 508). A posse é elemento patrimonial; o juízo exeqúente fica como possuidor imediato e o devedor possuidor como possuidor mediato; talvez em três graus, — devedor possuidor imediato, por ter ficado como depositário da coisa penhorada (Código de Processo Civil, art. 666), o juízo como possuidor mediato de segundo grau, devedor possuidor mediato de primeiro grau (assim, G. Planck, *Kommentar,* III, *1,* 4" ed., 83 **5.;** L. GauppEStein, *Die Zivulprozessordnung,* II, 596, nota 70). Sem razão, os que pensam em ser servidor da posse o devedor-depositário, como R. Mothes *(Die Beschlagnahme,* 99 si, e os que fazem do depositário judicial simples servidor da posse. Tal classificação não é de admitir-se no direito brasileiro, diante do art. 666 do Código de Processo Civil; nem cabe, no direito brasileiro, pensar-se em posse do exeqtiente: a relação jurídica processual, ainda aí, é em ângulo (exeqtiente, Estado; Estado, executado); o Estado é que toma a posse imediata para o depositário e a posse mediata de segundo grau, para si; aquela é em virtude dessa; o exeqilente não adquire, como *tal,* com a penhora, nenhuma posse, nem mediata, nem imediata.

Tanto em teoria geral do direito como em sistemática processualística,

a explicação brasileira é a mais acorde com a história e a estrutura atual do Estado.

Quanto ao direito à *marca de fabrica ou de comércio,* discutiu-se se é direito patrimonial, ou não, mas a resposta é afirmativa. Quanto ao direito à firma, também houve divergências quanto a ser direito patrimonial, ou não. A semelhança com o *nome* foi argumento a favor de não no ser; a tratação, já no Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, a favor de o ser. É óbvio que não merece crítica, sequer, a opinião de Clóvis Bevilacqua *(Teoria Geral do Direito Civil,* 69 s.) que chegara a negar a existência de direito ao nome civil, zob a influência de Rudolf von Jhering e de Marcel Planiol, se bem que aquele reconhecesse o direito (de propriedade, e não só patrimonial) do direito ao nome comercial. A favor do direito de propriedade à firma, manifestaram-se Almeida Nogueira e Fischer *(Manual teórico e prático de Marcas* industriais) e Fábio Leal (Apontamantos sobre o nome comercial, *O Direito,* 110, 569); contra, J. X. Carvalho de Mendonça (Do nome comercial, *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados,* 1906, nº 17), Clóvis Bevilacqua *(Teoria Geral do Direito Civil,* 73; *Código Civil Comentado,* 1, 198), e outros. O Tribunal de Justiça de São Paulo (2 de dezembro de 1908) negou manutenção de posse, por não ser propriedade nem poder ser objeto de posse a firma *(SPJ* 18/393). Os argumentos foram os seguintes: o nome não figura no balanço; não pode ser penhorado; nem entra na massa concursal; nem pode constituir quota social, porque o art. 287 do Código Comercial diz ser da essência a patrimonialidade (inclusive traba!ho ou indústria) da entrada (mas ~está-se a discutir se é patrimonial!); não pode ser reivindicado; não é desaprupriável. Oca, o Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890, no art. 79, permitiu a aquisição da firma (?) com o estabelecimento a que estivesse ligada, mas no art. 10,

§ 2º, foi explícito: "A propriedade da firma é imprescritível e só deixará de subsistir no caso do art. 9º", isto é,

"cessando o exercício do comércio, dissolvida e liquidada uma sociedade", cancelada a inscrição (art. 9º). A patrin-.onia!idzde ressaltaria. Mas era evidente a confusão em que incorrera o legislador: não vira a diferença

entre a firma e a *alusão* à firma, pelos sucessores. O assunto tem de ser estudado a seu tempo quando distinguirmos o *nome* da pessoa jurídica

e o título do estabelecimento.

Também são elementos do patrimônio: o direito de comuneiro, a ação de sociedade civil, os direitos formativos, os direitos a prestaçôes de valor pecuniário com base no direito de família (alimentos; usufruto paterno, ou conjugal; contra, R. Sohm, Vermõgensrecht, Gegenstand, Verfúgung, *Archiv fOr Burgerliches Recht,* 28, 186).

Resta saber-se quando há patrimonialidade na situação daquele que "expecta" algo de outrem.

Sempre que o eleito mfnimo ou o de irrevogabilidade se produz, firma-se a situação do titular do direito patrimonial; de modo que esse é o critério para se saber se essa srtuaçao entrou ou não no patrimônio. O critério da probabilidade de realizar-se a expectativa, a que desesperadamente recorreu A. von Tuhr *(Der Allgemeine* Teil, 1, 318), é insustentável: não se poderia conhecer onde começa a probabilidade inseridora, nem onde acaba; a af irmação de que a expectativa da herança de pessoa viva nao entra no patrimônio porque é demasiado problemática há de ser repelida (318, nota 24), — essa expectativa não dá direito nenhum e, tratando-se de testamento, é revogável e sem qualquer efeito vinculativo antes da morte do decujo, que é *condicio* hnis. A assinação ainda não aceita‟ não é elemento patrimonial do assinatário (aqui, certo, A. von Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings* Jahrbdcher, 48, 30). No patrimônio do terceiro, a favor de quem se estipula, entra o direito do terceiro, salvo na espécie do art. 1.100.

(e)

A noção de patrimônio é interior ao mundo jurídico, já no plano da eficácia dos, fatos jurídicos. Por isso mesmo, *a)* o que, nas relações inter-humanas, é bem da vida, talvez de grande valor, porém não está *colorido* pela eficácia jurídica (o ser filho de grande homem do pais, o ser gentil-homem, o ter boas amizades, o conhecer pedras preciosas, o ter profundo conhecimento de alguma ciência, o passado político, a fama de honrado), não entra no patrimônio; nem nele entra b) o que, embora *colorido* pela eficácia jurídica e, pois, direito, pretensão, ação, ou exceção, é pessoal, e não patrimonial. Alguns juristas cometem o erro de reduzir as classes a) e b) a uma só, a classe a), de modo que têm de negar a existência de direito de liberdade, de direito à honra (e.g., A. von Tuhr, *Der Aligerneine* Teil, 1, 319), de pretensão ao *habeas corpus* etc.

3. Concepção do *direito privado.* No Código Civil e no Código Comercial, patrimônio ô o ativo, que, se há *passivo,* é atingível por esse. Tal concepção não é a do direito comum, tal como se encontrava na L. 1, D., de *bonorum possessionibus,º* 37, 1 (commodd et *unconimoda)* e na L. 3 {commodum et incom *modum),* nem a da doutrina romanistica dominante (F. von Savigny, System, 1, 379, II, 85; B. Windscheid, Lehrbuçh, 1, 9º ed., 179, e LII, 186 s., nota 4; F. egelsberger, *Pandekten,* 1, 363). O patrimônio seria o que restasse de ativo deduzido o passivo; invocava-se a L. 39, § 1, de *verborum* significatiofle, 50, 16: "Bona inteliegunturcuiusqúe, quae deducto aere alieno supersunt", que éde Paulo. O ativo transmite-Se todo ao herdeiro. Responde *o* herdeiro pelas dividas, obrigações e situações passivas nas ações e exceções. Por isso é que é preciso, nos códigos civis, regular-se o pagamento das dividas. Se se transmite, entre vivos, patrimônio, a responsabilidade pelas dividas é *desde* a celebração do negócio jurídico, mesmo se, só formado por direitos reais o ativo, ainda não se haja operado a transferência. O pertencer a um só sujeito é pressuposto necessário, porém não suficiente, de patrimônio. Os pressupostos necessários e suficientes são a unidade e a pluralidade potencial de elementos

"direitos~~, "pretensões", "ações" e "exceções". Como conjunto, o patrimônio cresce, ou diminui, sem que se lhe altere a identidade. O conjunto *vazio* continua de ser patrimônio. Transmite-se, como unidade, aos herdeiros; e todo ele está subordinado às dividas, obrigações e situações passivas das ações e exceções. Não há direito subjetivo *de propriedade ao* patrimônio posto que possa ser objeto (mediato, está visto) de negócios jurídicos obrigacionais. Todavia, há direitos reais sobre batrimônio (e.g., art. 714).

4. Contornos, limites *e* traçados. o patrimônio tem os seus contornos, os seus limites, o seu traçado. A sua unidade nasce dessa pele conceptual. Se se trata de patrimônio geral, o que passa a ter por titular o titular de patrimônio entra nesse; e nele entra o que nasce com essa titularidade. Se se trata de patrimônio especial, há de haver na aquisição suporte fático sobre o qual incida a regra jurídica que diz»" entra no patrimônio especial A...

Naturalmente, há elementos que pertenciam ao titulo antes da especialização do patrimônio, ou que passaram a pertencer simul taneamente (= no instante imediato) a ela, e elementos que advieram *(e.g.,* os aqOestos conjugais). Ora é o qua se irradia do negócio

jurídico do titular do patrimônio que entra naquele suporte fático: é o que acontece sempre que se faz "particular" algum bem do cônjuge (arts. 256, 273, 277, 278, 288 e 312), ou do negócio jurídico de terceiro (arís. 263,11 e IlI, IV e V, VIII e XI, 283, 390, 1 e II, e 391, III), ora o que é devido à procedência subjetiva do bem (aquisição pelo trabalho, art. 271, II), ora no instante anterior à especialização do patrimônio (arts. 2.63, IX, 2" parte, 269, 1 e II, 272, 288, 391,1), ora pela espécie do bem (arts. 263, 1 e IX, *verbis* "roupas de uso pessoal", "livros e instrumentoo de profissão", "retratos da familia", e

391, IV). Os bens, que advêm, ou são aqúestos que se submetem, *ex novo,* à especialização do patrimônio, ou são sub-rogados deles. De regra, os frutos dos elementos do patrimôhio entram nele, ao se autonomizarem (antes, já nele estavam, segundo as regras jurídicas do art. 43, 1 e II, quiçá III); e o que se adquiriu com bem ou produto de bem que é elemento do patrimônio especial (o art. 721 é exceção), — princípio geral de sub-rogação real, que audaz e louvavelmente o Código Civil inseriu no art. 56. Urna das consequências mais notáveis e para a qual não tiveram atenção os juristas comentadores do Código Civil está em que, no Brasil *(aliter,* nos sistemas jurídicos estrangeiros), pode ser proposta com bom êxito a ação de reivindicação do bem que o síndico adquiriu com dinheiro ou outro bem da massa concursal, *para si,* ou que o titular do pátrio poder ou o chefe da sociedade conjugal adquiriu com dinheiro ou outro bem do patrimônio do filho, do outro cônjuge, ou comum, para *si,* enquanto — está claro — terceiro não o adquiriu (ads. 530, especialmente 1, e 592-622, especialmente 618). A influência de leituras estrangeiras pode ser perniciosa, por ser peculiar ao direito brasileiro o art. 56. A respeito de desvio de bens da massa pelo síndico lamentam a falta de regra jurídica especial os juristas alemães (R. Beyer, *Die Surrogation hei Vermogen,* 263). Temos nós *o* principio geral de sub-rogação real. No art.

1.734, parágrafo único, dá-se ao fiduciário o dever de inventariar os bens gravados e, se lho exigir o fideicomissário, a prestar caução de os restituir, não tendo sido preciso dizer-se que o adquirido por negócio jurídico, com os recursos da herança em fideicomisso, ingressa na mesma: tem-se o principio geral de subrogação real, formulado no art. 56; precisa daquela regra jurídica especial o Código Civil alemão, § 2.111, por lhe faltar o principio geral de sub-rogação real. Não temos, sequer, regra jurídica especial de sub-rogação real para a herança em

mãos de possuidor, como tem o Código Civil alemão, § 2.019, *porque dela* não *precisamos,* estando explícito no art. 56 o princípio geral de sub-rogação real para todas as coletividades, de fato e de direito, — tal como reclamava a melhor doutrina européia, sem conseguir inseri-lo nas leis. Quanto aos bens particulares da mulher, ou quanto aos do marido, sendo o outro cônjuge o administrador, ou *a)* a técnica juridica legislativa se satisfaz com a ação de indenização, além das penais, contra o que lança mão, *para* si, dos recursos do titular de tais direitos sobre bens particulares, ou *b)* exige para a sub-rogação que o negócio jurídico se refira ao patrimônio especial, isto é, que haja o fim de inserir no patrimônio especial o novo bem, ou c) admite, em regra especial, a sub-rogação real, ou *d)* inclui, implicitamente, no suporte fático do principio geral de sub-rogação real essa espécie. A solução *a)* é a dos sistemas jurídicos hostis ao principio de sub-rogação real. A solução *b)* é a alemã dos §§ 1.370 e 1.638, onde aparecem as palavras "que se refira ao patrimônio" *(das sich auf das Vermôgen bezieht),* que constituiu quebra-cabeça para a doutrina: %Que se há de entender por negócio jurídico que se refira ao patrimônio especial da mulher ou do filho?" A solução *c)* é a francesa (art.

1.498, interpretado) e a portuguesa (art. 1.130, no regime anterior ao Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966), bem assim a que resulta dos códigos de tipo napoleônico. A solução *d)* é a do Código Civil brasileiro, devido ao art. 56, posto que haja referências especiais, com intuitos de explicitação. No direito anterior, vacilou-se entre a opinião de J. E. Voet, contra a sub-rogação, e a que admitia a sub-rogação em caso de troca (Diogo Guerreiro; mais tarde Código Civil francês, art. 1.407, que foi citado por Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de* uso prático, II, 349). O Código Civil brasileiro, art. 56, resolve, radicalmente, a questão, e reafirma-o no art. 263,11. Esse art. 263, II, contém regra jurídica especial, porém o alcance dela é para os bens singulares ("São excluidos da comunhão: II. Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar"); para as coletividades, rege o art. 56. Aliás, a regra jurídica é para evitar a comunhão; e não se repetiu a regra jurídica especial a respeito da herança necessária, por ser prescindível (art. 263, XI).

Também nos arts. 269,11, e 272, são elas para espécies que escapam ao art. 56; não afastam a incidência normal desse. O art. 291, para o qual é dotal o imóvel adquirido com a importância do dote, provê à dotalização, e não à sub-rogação real. Regra jurídica especial é a do art. 293, parágrafo único, mas o seu *bis* in idem explica-se pela necessidade de se evitar a interpretação do art. 293 que o toma como exceção ao art. 56 e à inalienabilidade do dote. A respeito do patrimônio especial dos menores e dos sujeitos àtutela ou curatela,

rege o princípio geral do art. 56, razão por que nada se disse em regra juridica especial.

No que se refere aos patrimônios, o principio da sub-rogação real faz juridicamente substituidos pelos bens adquiridos com o produto (valor) da alienação, deterioração, destruição, ou indenização dos elementos do patrimônio, a esses elementos. Entre os dois momentos, há a sub-rogação deles pelo produto (valor): *res* in (ocum *pretii, pretium in (ocum* rei. Deve-se a Hasse (Uber *Universitas* furis und *rerum, Archiu fQr die* civilistische *Praxis,* V, 1 s.) e a Chr. F. Muhlenbruch (tiJber die s. g. *iuris* und *facti universitates, Archiu flir die civilistische Praxis,* 17, 321 s.) terem mostrado que os dois enunciados não são peculiaridade das *universitates iuris.* O que entra no patrimônio, como elementos deles, são os direitos, pretensões, ações e exceções; não as coisas, seu uso, seu fruto, seu valor, objeto dos direitos reais, nem as prestações, que o devedor, obrigado, acionado, ou excetuado tem de satisfazer. Quando se diz que a casa a está no patrimônio de A, lança-se proposição elíptica, em vez de "o direito de propriedade sobre a casa *a* está no patrimônio de A". Dá-se o

mesmo a respeito de outros direitos, pretensões, ações e exceções. O patrimônio é conjunto de *efeitos jurídicos,* podanto necessariamente já no mundo jurídico (plano da eficácia), e não de seres do mundo fático. Por isso mesmo, ele, ainda que formado por direitos sobre coisas corpóreas, é *res incorporalis* (L. 178, § 1, D., *de verborum significatione,* 50, 16; L. 50, *pr.,* D., *de hereditatis petitione,* 5, 3).

5. *Titular do patrimônio.* O titular do patrimônio é titular do direito a que o patrimônio seja tratado como tal.

Não se há de ir até a extrema concepção de O. von Gierke *(Deu* tsches *Privatrecht,* II, 63), para quem o patrimônio é objeto de direito, como as coisas singulares, nem até à outra, que lhe nega o ser objeto de direito (por exemplo, J. Binder, *Die Rechtsstellung des Erben,* III, 10). Há pele, conceptual embora, que envolve o patrimônio, e há interesses, juridicamente protegidos, em que se trate com unidade. Entre o resíduo realista dos que negam ao patrimônio qualquer possibilidade de ser objeto de direito e o nominalismo dos que o afirmam, há a atitude emp!rio-criticista, que é a mais acorde com a ciência. Basta pensar-se no usufruto do titular do pátrio poder e no

usufruto do patrimônio (art. 714). O que é de repelir-se é a concepção que também vê no patrimônio objeto de direito ou de pretensão executiva ou constritiva cautelar dos credores. Não há tal direito ou pretensão dos credores; para eles, o patrimônio éapenas o que contém os bens suscetíveis de penhora ou de outra constrição. O patrimônio, sobrevindo concurso, apenas se *especializa.* O dinheiro do incapaz, que está no patrimônio do falido, é do incapaz.

6- *Patrimônios separados.* Além do patrimônio que abrange todos os direitos, pretensões, ações e exceções patrimoniais da pessoa, há os patrimônios *separados,* tal como a quota na herança, que se não "funde", completamente, no patrimônio do herdeiro e fica como trecho *de outro colorido* no patrimônio do herdeiro e como a própria herança que se pode distinguir das quotas e dos patrimônios dos herdeiros. Por exemplo, o dote, os bens particulares dos cônjuges, o fideicomisso, o patrimônio dos sujeitos ao pátrio poder porém não ao usufruto pelo titular do pátrio poder, a massa concursal, o patrimônio das sociedades não-personificadas, a herança indivisa e os bens da comunhão conjugal. Os patrimônios separados ou especiais só se formam com direitos e outros efeitos jurídicos, posto que, na linguagem elíptica do vulgo e das leis, se diga, por exemplo, que "entram na comunhão matrimonial de bens os que o cônjuge traz e os aqúestos". As dívidas, obrigações e situações passivas das ações e exceções vão contra o titular do patrimônio. A lei regula, diferentemente, a responsabilidade.

No Código Civil, passam aos herdeiros, legítimos e testamentários, a propriedade e a posse (art. 1.572), bem assim os mais elementos do patrimônio. As dívidas, obrigações e situações passivas nas ações e exceções são responsabilidades da herança: a herança responde, diz o art. 1.796, pelo pagamento das dívidas do falecido, dentro das forças da herança (ari. 1.587). Ao passivo está *exposto* o ativo; aquele não é ptrte desse, não se tem por deduzido o que eventualmente pode vir a deduzir-se desse. O patrimônio, a que sucede a fundação congênere (art. 30), é o ativo, devendo-se, antes, proceder à liquidação (cf. J. Binder, *Die Rechtsstellung des Erben,* 1, 7-38; 1(. Hellwig, *Wesen und subjektiue Begrenzung der Rechtskraft,* 310). Ainda com a concepção do patrimônio ativo-passivo, G. Planck *(Konimentar,* V, 8 s.), CarI Crome *(Sys tem,* 17 s.), E. Strohal *(Das deu tsche Erbrecht,* 3º ed., 14), Fr. Leonhard *(Erbrecht,* V ed., 2 s.). Não é com o patrimônio que se transmitem dívidas, obrigações, situações passivas em ações e exceções — é *ao* titular do direito de sucessão; por isso mesmo a

responsabilidade é se for aceita a herança e se for exigido o adimplemento: posso herdar x de A, cujas dividas eram de x + 1; não fico a dever x + 1; só devo o que puder ser pago com x. Argúiu A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* 1, 324) que é indiferente computar o passivo no patrimônio, ou falar de patrimônio como se as dividas e mais elementos do passivo fossem carga do mesmo. Sem razão, porque isso importaria em adotar-se conceito que se não ajustaria às espécies que nele se devem conter.

7.

Composição do patrimônio separado ou especial. O patrimônio separado ou especial forma-se pelo que nele entrou simultaneamente ou após a criação dele, pelo que se adquire em virtude de direito pertencente ao patrimônio, ou pelo que se há de sub-rogar àqueles ou a esses elementos, e pelo que se adquire em virtude de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu,* referente ao patrimônio (exceto quanto ao ato do possuidor da herança não-herdeiro, nem cônjuge). O que o possuidor da herança adquire com os recursos da herança pertence à herança; não basta que o adquirente queira que passe a pedencer à herança, se não foi com recursos dessa. Naturalmente, se o insere no patrimônio especial e não há a propositura da ação do interessado em evitar a inserção, não há, praticamente, meio jurídico para a rediscriminação. Nada obsta a que haja dois ou mais patrimônios especiais, um interior a outro, no todo, ou em parte; *e.g.,* os bens particulares da mulher casada A, a herança de B a A, a herança de fideicomisso de C a A, que são patriffiônios especiais dentro do patrimônio

geral de A, ou os bens particulares da mulher casada A, a herança de B a A e o legado de fideicomisso em patrimônio especial de B.

Todo patrimônio especial tem um fim. Esse fim é que lhe traça a esfera própria, lhe cria a pele conceptual, capaz de armálo ainda quando nenhum elemento haja nele. No patrimônio geral, o fim é a distinção mesma da pessoa entre as pessoas, físicas ou jurídicas. Os fins internos são secundários, por mais gerais que sejam; ou são fixados livremente, ou dependem de cada bem singular ou universalidade de fato e sua história jurídica (usufruto, uso, habitação,

bem de família, inalienabilidade). Os patrimônios especiais têm os seus fins, ou fixados pela manifestação de vontade, ou pela lei (fins do usufruto pelo marido, ou pelo titular do pátrio poder; fim da liquidação concursal). A especialidade do patrimônio faz nascerem direitos, pretensões, ações e exceções que não tinha o titular do patrimônio geral, de que foi separado, *e.g.,* o devedor não pode impugnar atos que diminuíram o seu patrimônio, e podem-no os credores segundo o art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661; de 21 de junho de 1945 (ineficácia relativa; cp. ação revocatória do art. 53 do Decreto-Lei nº 7.661 e ação dos arts.

106-113 do Código Civil). Há *plus* na ineficácia falencial, porque, em principio, o que saiu do patrimônio não está exposto à satisfação forçada dos credores. E a lei que o estabelece; e os bens, que saem, se os pressupostos do art. 52 da lei de falências (Decreto-Lei nº 7.661) estão satisfeitos, saem com essa exposição à execução forçada, através da ação declarativa de ineficácia. E a lei falencial que regula a legitimação para o exercício da ação.

O fim contribui para se determinar a titularidade da administração, que pode não tocar ao titular do patrimônio especial. Tal distinção de titulares apenas torna mais visível a separação (patrimônio da mulher e acjministração dos bens comuns pelo marido; patrimônio do marido e administração dos bens pela mulher). Quando a administração cabe ao titular do patrimônio geral, émenos visível a separação, e toca ao titular o *dever de respeitar a discriminação,* com es consequências de direito civil, penal e administrativo. Para realizar os fins do patrimônio especial, tem por vezes o administrador de alienar algum, ou alguns elementos, ou todos; em principio, não há proibição de ser alienado ao administrador, ou a qualquer terceiro. A lei, em certas espécies, estabelece proibição. Todavia, a aquisição por terceiro obsta àreivindicação *(e.g.,* se o terceiro de boa-fé adquiriu o imóvel pelo registro, art. 530, 1), deixando apenas a ação de enriquecimento injustificado *(e.g.,* art.

968, parágrafo único).

O passivo do patrimônio especial é o conjunto de dividas, obrigações, situações passivas nas ações e exceções que expõem o patrimônio especial à satisfação dos titulares desses elementos do passivo. Por abreviação, mas somente por abreviação, diz-se que são dívidas do patrimônio especial, dívidas da massa concursal, obrigações e situações passivas do patrimônio especial, da massa concursal etc. Devedor, obrigado, sujeito passivo das ações e exceções é o titular do

patrimônio especial. Apenas pelo patrimônio especial e com os elementos do patrimônio especial é que se hão de cumprir (execução voluntária, execução forçada) aqueles deveres, obrigações, ou o que for. As vezes, o patrimônio especial responde, sem que responda o geral *(e.g.,* as dividas anteriores ao casamento, salvo as exceções do art. 263, II, 2º parte, somente se podem pagar pelos bens que o cônjuge trouxe para o casal). Outras vezes, o patrimônio geral responde, sem que responda o especial: as dividas posteriores à abertura do concurso ou à falência não recaem sobre a massa concursal, posto que recaiam sobre o patrimônio geral; o patrimônio fiduciário é imune às dividas do fideicomissário; só os credores da herança podem cobrar-se por ela, sendo possível, apenas, a penhora da quota do herdeiro, ou do liquido (efetivo) da herança toda, no rosto dos autos (cf. Nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* X, 319 s., sobre o art. 674; sob o Código de 1939, art. 936, nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* VI, 191 s.) Existe concurso da herança, concurso dos bens particulares do cônjuge, concurso dos bens adquiridos após a abertura do primeiro; de modo que, onde há patrimônio especial, pode haver massa concursal.

8.

Relações entre o patrimônio especial e o *geral.* As relações entre o patrimônio especial e o geral, a despeito da mesma titularidade, podem ocorrer, como entre patrimônios especiais de graus diferentes, de modo a ser nitidamente visível a separação: a) se a herança passa a ser massa concursal, porque, então, não há os fatos de confusão, consolidação e outros semelhantes, que aconteceriam se a abertura do concurso não sobreviesse, ou se, antes da abertura da sucessão, já se não tivesse aberto; *b)* se a herança fica sob a administração de outrem *(e.g.,* do inventariante, principalmente se estranho à herança); *c)* se *a),* ou *b),* ocorre a respeito de outros patrimônios especiais; *d)* na espécie do art. 1.796, 2º parte, *verbis* "feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhes coube"; *e)* quando os bens são deixados ao executor testamentário, pois não há confusão ou outro fato semelhante a respeito de elementos dos bens deixados para função do testamenteiro; fl quando o administrador do patrimônio especial, ainda que seja o mesmo titular do

patrimônio especial, conclui negócios jurídicos que toquem ao patrimônio geral, e vice-versa (o negócio jurídico é, então, consigo mesmo); g) quando um patrimônio adquire direito, crédito, pretensão, ação ou exceção contra o outro, inclusive ação de enriquecimento injustificado, ou pela gestão de negócios.

Quando o patrimônio geral se torna especial *(e.g.,* sobrevém falência ou concurso após a morte do decujo), o herdeiro-inventariante responde por sua administração anterior, e os direitos, pretensões, ações e exceções nascidos contra ele têm por titular os herdeiros (= a herança) e por devedor, obrigado, ou sujeito passivo da ação ou da exceção aquele. Por sua vez, o herdeiro pode ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções que hajam nascido com a administração da herança. O Código Civil alemão foi infeliz no § 1.978, 1ª alínea, recorrendo à supérflua ficção: na 1ª parte, aludiu a credores como sujeito de tais direitos, pretensões, ações e exceções; na 2º parte, à herança, como ficção. O titular não são os credores da herança; são os herdeiros, a herança. Não se põe ficção para se chegar a resultado para o qual a realidade basta. Aliás, o herdeiro pode ser devedor, obrigado ou sujeito passivo de ações e exceções perante a herança (= os herdeiros) por negócios jurídicos *(e.g.,* aluguel de casa do espólio), atos jurídicos *stricto sensu,* atos ilícitos etc., posteriores à abertura da herança ou à separação dos patrimônios hereditário e concursal. A realidade é a mesma; e seria erro de técnica legislativa imaginar-se que os credores adquirem tais direitos, pretensões, ações e exceções, que passam, depois, ao patrimônio especial.

9.

Patrimônio comum e patrimônios gerais dos *comuneiros.* O patrimônio comum distingue-se dos patrimônios gerais dos comuneiros. O que entra naquele é como se pertencesse à outra pessoa. O crédito, de que, naquele, os comuneiros são os titulares, não se pode compensar com o crédito contra o patrimônio de um ou os patrimônios de alguns, ou de todos os comuneiros do outro patrimônio. O que sai de um patrimônio comum para o individual, ou vice-versa, é transmissão, e como tal se rege; posto que só se tenham de invocar, na transmissão do comum ao especial, as regras jurídicas da adjudicação da parte indivisa do outro ou das partes indivisas dos outros comuneiros. Não se dá a confusão (arts. 1.049-1.052) se a divida é do patrimônio individual ao comum.

10.

Patrimônio, elemento do suporte fático de alguma regra jurídica. Quando o patrimônio é suporte fático de alguma regra jurídica, a eficácia do fato jurídico que se estabelece de modo nenhum é a mesma para todas as espécies de patrimônio. Noutros termos: o direito não estatuiu tratamento único para os patrimô nios especiais ou para os comuns, nem, *a fortiori,* para uns e outros; nem se apurou até aqui, no plano da política legislativa, se seria conveniente fazê-lo. Nota-se bem a diferença de tratamentos quando se comparam as funções e os poderes do herdeiro ou do inventariante, do administrador concursal, do chefe da sociedade conjugal e do fiduciário. Mais ainda: quando se comparam as funções e os poderes do inventariante-herdeiro do cônjuge (Código de 1973, art. 990), do inventariante não-herdeiro e do herdeiro não-inventariante (cf. arts. 1.580, 1.770

e 1.772; Código de Processo Civil, art. 12, V e § 1º). A linha que discrimina o patrimônio geral (ou mais geral) e o especial resulta da incidência da regra jurídica, inclusive no tocante à possibilidade de entrarem, ou saírem desse, elementos. A incidência da regra jurídica pode ser após simples fato *(e.g.,* morte do decujo), ou após algum ato jurídico, como o pacto antenupcial (negócio jurídico).

§ 597. Desaparição da universalidade

1.

Desaparição por desaparição de elementos e outros modos. Nas coletividades de fato, corpus *ex distantibus, universitates facti,* — é preciso que haja duas ou mais coisas para que se possa pensar em bem coletivo. Por isso mesmo, enuncia-se no art. 55 *que só concerne* às *uniuersalidades "homints" ou "facti":* "Nas coisas coletivas, em desaparecendo todos os individuos, menos um, se tem por extinta a coletividade." Desaparece o rebanho, se só resta um animal, fêmea ou macho. A unidade, que fica, é só a de uma coisa. A regra juridica do art. 55 não se refere às universalidades *iuris,* pois ainda que só um bem, ou direito, ou pretensão, ou ação, ou exceção reste, bem coletivo há: o próprio patrimônio vazio é patrimônio, inclusive o do insolvente ou a herança em que só há dívidas. Segundo Marciano (L. 40, *pr.,* D., *de peculio,* 15, 1), Papírio Fronto dizia que o pecúlio é como o homem: nasce, cresce, morre; porém não se lhe há de entender, como se

pretendeu, que às universalidades de direito se tenha de exigir a presença de dois, pelo menos, dos seus elementos. A universalidade de direito acaba quando, pela regra juridica a que serve o conceito, já se não lhe

encontre destino jurídico. Dai serem possíveis patrimônios deficitários. Quanto às universalidades *facti,* não: só enquanto se não lhe reduzem a nenhum ou a um os seus elementos, elas persistem.

2.

Inventário positivo e partilha; inventário negativo. Se o patrimônio é comum (comunhão patrimonial), a extinção dele leva ao *inventário positivo* e à *partilha* ou ao *inventário negativo.* Toda transferência vai ser executiva, e ocorre como em toda partilha ou divisão da coisa comum. A *relação* jurídica, em que é titular cada comuneiro, é relação jurídica de comunhão, de que resultam (eficácia da relação jurídica) direitos de disposição, direito à quota das sobras após a partilha etc.

§ 598. Patrimônio comum

1.

Comunidade *do patrimônio.* Na comunhão de patrimônio, ou patrimônio comum, o patrimônio tem por titular duas ou mais pessoas. Cada uma delas tem o seu patrimônio geral e parte indivisa no patrimônio comum.

De regra, o patrimônio comum épatrimônio especial; pode ocorrer patrimônio comum geral (comunhão conjugal universal de bens, sociedade de todos os bens segundo o art. 1.373). Para que haja comunhão de patrimônio, épreciso que se tenha formado de acordo com a lei; portanto, o patrimônio comum é *efeito:* no plano da eficácia dos fatos jurídicos (casamento, sucessão a causa de morte, sociedade) é que tem de ser estudado. Cessando o efeito, não pode restaurar-se; é por isso, que trânsita em julgado a sentença de partilha, sem ter

ocorrido sentença em ação rescisória, não há restabelecer-se a comunhão.

2.

Administração do *patrimônio comum.* A administração dos patrimônios comuns não segue modelo único; nem haveria vantagem em se instituir unicidade rigorosa de regramento. Embora comum, a administração não é comum, salvo excepcionalmente. As vezes a só um dos comuneiros, ou, até, a estranho, se atribui administrar.

Quanto à herança, pode ser o cônjuge meeiro, o co-herdeiro que se ache na posse corporal e na administração dos bens, ou outro, ou, ainda, o testamenteiro (art. 1.578), ou estranho (Código de Processo Civil, art. 990, VI), inclusive administrador oficial (inventariante judcial). Quanto à comunhão conjugal, toca ao cônjuge que chefia a sociedade conjugal (art. 233, II, e 251, parágrafo único, 1), com o consentimento do outro para certos atos. Se cessa a comunhão conjugal e continuam indivisos os bens, a administração é comum, até que, negocialmente, ou por morte, fique a um dos cenjuges ou a outrem. Em princípio, quem tem a seu cargo a administração exerce as pretensões, ações e exceções tocantes ao patrimônio comum; mas, quanto à herança, há o art. 1.580 e seu parágrafo, que também devem incidir, por analogia (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 49), *sempre* que se entra em período de liquidação (cf. O. Warneyer, *Kommentar,* II, 1.092), quer se trate de exercício de posse e de domínio, quer de pretensão reivindicatória. Quanto aos créditos a favor da herança, não sendo divisível a obrigação, cada um dos herdeiros pode exigir a dívida inteira e o devedor ou devedores só se desobrigam pagando a todos, conjuntamente, ou a um, ou alguns, com caução de ratificação pelos outros credores (art. 892, 1 e II). A ação é a de consignação em pagamento, ou a simples interpelação, pua a mora, ou a ação de cobrança, sem obstáculo por existir inventariante, ou outro administrador. No tocante à comunhão matrimonial de bens, é preciso o suprimento do consentimento conjugal *(Tratado dz Direito de Família, ~~,* 3º

ed., 102 s.). No tocante à herança, regem o art. 1.580 e o seu parágrafo. No tocante à sociedade, depende dos contratos ou estatutos (P. Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 367), salvo se em liquidação não-concursal, ou se não personificada. Quanto à massa falencial, rege o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 36 e 37. Em qualquer caso, a interpelação de um credor, com oferecimento, não

produz mora *occipiendi* contra os outros; o efeito é sã subjetivo; mas, ainda que não tenha aceito por outro credor se ter recusado a cooperar (= não poder o recusante prestar a caução do art. 892, II), incorre em mora o interpelado.

3.

Patrimônios em círculos concêntricos. O patrimônio comum distingue-se, em seu traçado, do patrimônio geral de cada comuneiro e dos seus patrimônios especiais. Há os elementos originários e os advenientes *(e.g.,* herança, frutos, aquisições fundadas em direitos pertencentes à herança, indenizações, aquisições com recursos da herança). Também aqui é preciso atender-se à peculiaridade do direito brasileiro, com o art. 56, tal como se expôs a respeito dos patrimônios especiais não-comuns. Apenas, quanto à sociedade personificada, regem os arts. 1.368 e 1.369 combinados com os aris. 56 e L373. Fora daí, intervêm princípios de cada espécie de sociedade.

557

4.

Responsabilidade do patrimônio comum. Os patrimônios comuns são expostos a *passivo,* como os outros.

Os contraentes podem ser todos os comuneiros; ou alguns, ou um só, se, de acordo com o sistema jurídico, a dívida, ou a obrigação, ou a situação passiva nas ações e exceções, tem de ser comum (= todos os comuneiros são sujeitos passivos). No que concerne à comunhão matrimonial de bens, incidem os arts. 263, VII, 264, 268, 274, 275, 277, 288, 299 e outros. De regra, o patrimônio geral responde, esgotado o patrimônio comum, pela divida comum; o art. 1.587 é excepcional. A insolvência,e a falência podem dar ensejo a concurso (civil) de credores ou à falência, atingindo, ou não, o patrimônio geral.

5.

Patrimônio social e patrimônio comum. O patrimônio da sociedade só é comum se não há personificação da sociedade; titulares são todos os comuneiros. São eles os titulares dos direitos; por isso, nenhum deles é

o credor ou o devedor: todos eles, em conjunto, o são. Em consequência: a) contra o crédito em comunhão de patrimônio não se pode opor outro, em compensação, se por esse só responde um dos comunelros; b) são possíveis negócios jurídicos e outros fatos do tráfego jurídico entre o patrimônio comum e os outros *(e.g.,* a mulher comprar o bem comum, para o seu patrimônio particular, ou vice-versa, observados os princípios), pois que há dois patrimônios, razão por que se faz o registro quanto a todo o imóvel comum que passa ao patrimônio de um dos comuneiros, ou vice-versa (G. Planck, *Kommentar,* III, 4º ed., 326; O. Deitigsmann, fjgentumsdbertragung von ~ ohne Auflassuns, 7 s.; 14. Kaufmann, Das *Eigenttifli am Geseflschaltsvermôgen,* 2

s.) Se o cornuneiro adquire de outrem, para a comunhão de patrimônio, a propriedade imóvel, pelo registro, e está de boa-fé, o patrimônio comum não pode sofrer a reivindicação: adquiriu. A mesma solução cabe se o comuneito adquiriu para si o bem comum, e estava de boa-lê. Resta saber-se se contra o comuneiro de má-fé, tendo sido o outro que adquiriu, para o patrimônio comum, o imóvel, há a ação de enriquecimento injustificado (art. 968, parágrafo único). A resposta é afirmativa, como se a má-fé fosse do comunelro que figurou no negócio jurídico de transmissão e tivesse alienado a terceira pessoa de má-fé. O problema não se torna mais delicado se supomos a boa-fé do figurante e a má-fé do outro comuneiro: esse adquire, sem dúvida, o imóvel, mas fica exposto à ação de enriquecimento irijustificado. A opinião de E. Strohal *(Das deu tsche* Erbrechi li, 3º

ed., 123, nota 25), sobre nao adquxnr o comunelrO de má-fé a quota se o figurante estava de boa-fé, é de repelir-se.

6. *Patrimônios comuns e patrimônios individuais, geral e especiais*. Entre os patrimônios comuns e os individuais, geral e especiais, pode haver relação de crédito, sem importar a unicidade de titular da parte indivisa e dos demais patrimônios. O co-herdeiro é credor do legado contra a herança; o cônjuge, credor das despesas, que fez, em proveito dos bens comuns; se a sociedade não-personiFicada compra ao sócio, deve-lhe o preço inteiro; o dano, que o co-herdeiro causa à herança, ou o cônjuge aos bens comuns, ou o sócio da sociedade não personificada a essa, é de ser ressarcido integralmente; e em qualquer desses casos não se dá confusão, nem outro fato semelhante. Se há administradores para cada um dos patrimônios deles, tudo se passa entre figurantes diferentes, a despeito de a titularidade ser a mesma; se dois ou mais patrimônios têm o mesmo administrador, ainda

quanto aos atos de disposição, em principio pode ele negociar consigo mesmo na dupla função de administração. Os arts. 1.133, 1-11, e 1.164 são excepcionais e só se referem a negócio jurídico *para* si. Ainda assim, o art. 1.133, 1-li, não incide quanto à venda e compra, a cessão de crédito e à troca entre a herança e algum co-herdeiro, ou em solução de dívida (art. 1.164). Não temos a proibição geral de negócios juridicos de administrador consigo mesmo, à diferença do direito civil alemão (§ 181, pri; *a fortiori,* se o negócio jurídico é entre dois patrimônios, ambos não pertencentes, ou ambos pedencerites ao administrador O

marido pode adquínr para *o* casal bens seus e pode adquirir bem comum se a mulher também figurar; mas, recebendo mandato da muher, não pode adquirir a parte dessa, nem bem próprio dela (art. 1.133, III). No tocante a créditos, o administrador dos bens vex tencentes ao patrimônio comum, de que é comuneiro, pode contratar consigo mesmo, como poderia com outrem; se não é comuneiro e administra patrimônio comum, o seu caso ou entra no art. 1.133,1-11, ou lhe é permitido o negócio jurídico. O crédito, que nasce do contrato do comuneiro com a comunhão, que ele administra, tem por titulares os comuneiros todos, inclusive ele, como titular do patrimônio *(aliter,* A. von Tuhr, *Der Allgerneine* TeU, 1, 355 s.) e executa-se em sua totalidade contra todos os comuneitos, inclusive o credor. Assim, o marido (oa a rCulher) pode executar os bens comuns, para obter satisfação do seu crédito.

7.

Cessação da relação jurídica. O patrimônio comum ou comunhão de patrimônio deixa de existir se a relaçao jundica, de que se originou, cessa. A comunhão hereditária termina com o trânsito em julgado da sentença de partilha; se outra comunhão continua àquela, não é mais de direito das sucessões e pode ser

comunhão de patrimônio (os dois herdeiros são marido e mulher casados sob o regime da comunhão, ou os co-herdeiros se casaram, sob o regime da çomunhão dc bens, antes daquele trânsito em julgado). Outras comunhões de patrimônio têm maior duração. Seja como for, o período da liquidação leva à individualização dos elementos ou à formação de outro patrimônio (cf. art. 1.798).

8.

Natureza do direito do co-titular do patrimônio comum. O direito do co-titular do patrimônio comum não é direito de crédito: não existe só entre ele e os outros comuneiros. É direito sobre o patrimôniO comum, com pretensões, ações e exceções contra os outros co-titulares *(e.g.,* para a administração, para a liquidação e partilha). Não é direito real, posto que direitos reais possam ser elementos do patrimônio comum. O direito de titular do patrimônio individual especial não é de crédito contra si mesmo, nem direito real: é direito sobre o patrimônio especial, ainda que algum ou alguns dos seus elementos sejam direitos reais. A transferência da quota no patrimônio comum não depende da transferência dos direitos-elementos, que o formam; nem à transferência desses direitos-elementos basta a transferência da quota no patrimônio comum. A quota transmite-se sem o registro dos imóveis e sem a tradição dos móveis. Se entra mais um comuneiro, as quotas diminuem; e o novo comuneiro é responsável pelas dividas do patrimônio comum, em proporção. Tratando-se de herança, o adquirente da quota só responde até o valor dela, à semelhança do herdeiro alienante.

A quota, no que é transferivel, pode ser objeto de usufruto, de uso, de direito de habitação e de garantia real. Os credores do comuneiro podem obter penhora, arresto, sequestro, ou outra medida constritiva, sobre a quota, no *rosto dos* autos. Na comunhão conjugal, as dívidas incomunicáveis só podem pagar — na vigência da sociedade conjugal — pelos bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal (art. 264); dissolvida a sociedade conjugal e feita a partilha, os bens da met.ção fundem-se no patrimônio geral do cônjuge e por eles podem ser executadas as dividas anteriores, mas cessa a responsabilidade de cada um dos cônjuges pelas dívidas que o outro contraiu *(art.* 268). Com a coisa julgada sobre a partilha, extingue-se a responsabilidade. O credor do herdeiro pode pedir o inventário *e* a partilha (Código de Processo Civil, art. 988, VI, 1º parte). Os comuneiros, na quota de um dos quais se fez a constrição no rosto dos autos, precisam de permissão do juízo, que a fez, para a alienação de bens, pois, se é certo que todo ato de disposição dos elementos que formam o patrimônio comum interessa a todo o patrimônio, cedo é também que a constrição é sobre o valor e esse é assegurado pelas formalidades do juízo da partilha (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemetne* TeU, 1, 362 s.).

9. *Patrimônio e liquidação.* A incidência da regra juridica sobre o suporte tático dá entrada no mundo juridico ao patrimônio como *universalidade.* Há, portanto, no patrimônio, individual ou comum, *fato jurídico.* A patrimonialização, inclusive com a comunhão, já se opera no plano da eficácia. Após ela, vêm efeitos de efeitos, — créditos, pretensões, ações e exceções dos comuneiros entre si, inclusivz o direito, a pretensão e a ação de liquidação e partilha. A liquidação tem por fito apurarem-se o ativo e o passivo, solver-se esse, dividirem-se os elementos, se são divisíveis, ou partilharem-se sem divisão, inclusive extraindo-se-lhes o valor para ser partilhado. A ação de liquidação é executiva, como o é a de partilha. Ao direito do comuneiro à quota no patrimônio sucede a sua pretensão a exigir a sua quota concreta no que resultou da liquidação (confundem aquele direito e essa pretensão CarI Crome, *System,* II, 790, e outros). Após a liquidação, o que o comuneiro cede é o apurado, que pode ser alienado ainda quando não o pudesse ser, antes, a quota no patrimônio (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil* 1, 363), razão por que o cessionário do apurado pode tomar parte na liquidação sem que prive o sócio cedente das deliberações de caráter social ou das deliberações como um dos herdeiros. Por outro lado, as medidas constritivas não privam os sócios de exercerem, até o fim, as suas funções especificas.

Na comunhão matrimonial de bens, o direito à meação e a pretensão ao apurado não se confundem: não é cessível a quota do cônjuge meeiro, ainda depois de cessar a sociedade conjugal, posto que seja suscetível de medida constritiva; é cessível o que for apurado. Consequência, o cessionário não pode pedir o inventário e a partilha dos bens dos cônjuges; a iniciativa cabe aos cônjuges, ou a um deles. Aqui, surge o problema da negociabilidade e penhorabilidade, ou arrestabilidade, do que for apurado, antes de ter nascido o crédito. Não há dúvida quanto a poderem ser cedidos créditos futuros. O crédito co quç se apurar na liquidação social ou da comunhão conjugal, antes da dissolução da sociedade ou da comunhão conjugal, é crédito futuro. Pode ser cedido, penhorado, arrestado, ou de outra maneira constrito. O art. 264 não é obstáculo à cessão. Na comunhão hereditária, *a)* o direito à quota écessível, 14 cessível o direito ao apurado e *c)* cessivel a pretensão a esse.

Entendia O. Wendt (Verftigungen Uber Erbschaftsantheile, *Archiu Jtlr die civilistische Praxis,* 89, 420 s.) que *a)* e *b)* são idênticos; mas sem razão: quem dispõe do direito à quota, ou, toda a herança, figura em negócio jurídico *real* (G. Planck, Kommentar, V, 3º ed., 250; Er. Leonhard, *Erbrecht,* 2º ed., 173), com o qual vai a quota ou o patrimônio, não o próprio direito de sucessão, nem sequer o de

substituir, ou de suceder fideicomissariamente (sem razão, Fr. Leonhard, *Erbrecbt,* 173, e E Endemann, *Lehrbucb,* III, 2, 8t9º ed., 1.033;

certos, G. Planck, *Kommentar,* V, 3º cd., 251, e O. \Varneyer, *Kommentar,* 11, 1.086). Se, por exemplo, terceiro ou um dos herdeiros adquire todas as quotas, a sua entrada na firma que há de continuar com a pessoa indicada, ou com um dos herdeiros do sócio premorto, precisa do consentimento dos outros herdeiros, não bastando a cessão; salvo se foi especialmente para esse fim, conforme as circunstâncias. Adquirindo o direito à quota hereditária, ou à herança, o cessionário afasta da liquidação o herdeiro cedente, que não é mais legitimado a isso. O seu título basta para que, registrando-se a partilha, se tenha como proprietário do imóvel que lhe coube.

Também pode o herdeiro ceder só parte indivisa da sua quota ou da herança (6. Planck, *Konimentar,* V, 3º cd., 306 **5.;** Th. Kipp, *Lebrbucli,* 11, *3,* 1ª-21ª cd., 274; sem razão, Ri Leonhard, *Erbrecht,* 172; E Kretzschmar, *Das Erbrecht,* § 89, nota 6). A cessão da pretensão à herança é outra coisa; não pode o herdeiro, ou co-herdeiro, transferi-la, no plano do direito das coisas: apenas pode obrigar-se a transferir o que se apurar na liquidação (Fr.

Leonhard, *Erbrecht,* 174; Th. Kipp, *Lebrbucb,* II, *3,* 275; sem razão, F. Pringsheim, *Zur Lebre uon der Abretung und Pfándung des Erbteils,* 35 s., um tanto diferente em *Die Rechtsstellung des Erwerbers e!nes Erbteils,* 74 s.). O fideicomissário pode ceder o seu direito à sucessão, antes de se dar o evento ou de se atingir o termo. A forma é a do art. 134,11 (art. 44,111). Feita a liquidação, não é mais possível negócio jurídico *real* ou *abri gacional* sobre a herança ou quota: já existe o "apurado", que é o que se cede; não há mais patrimônio, e tem-se de individualizar o que se transfer(A cessão da quota ou da herança sem observância dos arts. 44, III, e 134, II, tem como consequência a nulidade (art. 145,111); porém a obrigação de transferir não exige a forma do art. 44,111 (discute-se no direito alemão, cf. §§ 2.371 e 2.385). Se já foi feita a liquidação, a forma para a transferência depende da natureza dos elementos a serem transferidos. A transferência de elemento do patrimônio hereditário antes da liquidação obedece ao mesmo principio. A sabedoria técnica dos juristas portugueses deixou-nos a penhora no rosto dos autos para o direito do herdeiro e para o direito do cessionário; não cabe penhora no rosto dos autos para os direitos

ou pretensões obrigacionais à transferência. A cessão do direito do herdeiro à herança ou à quota, depois da penhora, é *ineficaz,* para o credor que a obteve (Fr.

Leonhard, *Erbrecht,* 2º ed., 175). O juiz da execução pode decidir quanto à venda da parte penhorada no rosto dos autos do juízo da partilha (6. Planck, *Kommentar,* V, 3º ed., 253; Er. Leonhard, *Erbrecht,* 2º ed., 175; sem razão, M. E. Eccius, Haftung der Erben fúr Nachlassverbindlichkeiten, Grucbots *Beitráge,* 43, 805). No direito brasileiro, o contrato consensual a respeito de imóveis está sujeito à regra jurídica do art. 134, II; não temos a regra jurídica especial que submeta a qualquer forma os contratos consensuais sobre a herança ou sobre quota hereditária. Temos, ao invés, o art. 44, III. Se se trata de contrato consensual sobre o que for apurado, os princípios gerais sobre créditos futuros. A cessibilidade é fora de dúvida e não procede o argumento de que pode ser transferido o direito à herança (negócio jurídico real), ou o líquido, e ficar sem execução a cessão do crédito futuro, nem o de que, admitindo-se a cessão do crédito futuro, o adquirente da quota ficaria em situação frustrada: primeiro, porque aquela é a sode de todo crédito futuro, ou, até, de todo crédito; segundo, não há frustração da aquisição da quota hereditária posterior à cessão do crédito futuro, pois exatamente aquela é que passa à frente, tomadas as providências. Aliás, a penhora da quota hereditária também passa à frente da cessão do crédito futuro.

§ 599. Representação dos patrimônios

1.

Esferas jurídicas diferentes. O direito contemporâneo, principalmente o brasileiro, permite que cada pessoa tenha duas ou mais esferas jurídicas diferentes, de jeito que, a despeito da unicidade de titular, ressalta a pluralidade de patrimônios. Se a administração de todos pertence ao titular, ou a outrem, a pessoa tem de atuar como se fossem duas ou mais pessoas o administrador. E o caso do marido quanto aos bens comuns e aos seus bens particulares, o do marido quanto aos bens comuns, os seus e os da mulher, e o do terceiro administrador dos bens do marido, dos bens comuns e dos bens da mulher. O administrador representa o titular do patrimônio (contra, a *teoria da inserção,* para a qual o administrador é órgão e cumpre a sua função, para fins, por exemplo, da administração concursal ou da

herança). A *teoria da representação do titular* é a que inspira o sistema jurídico brasileiro e está explícita no art. 12 do Código de Processo Civil. A *teoria da personificação* que leva a pensar-se em capacidade de direito, autônoma, do patrimônio (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecbt,* 228 **5.;** *Lehrbucb,* 1, 308 s.) é de repelir-se, totalmente. Para ser aceita, teriam de o ser, também, a transmissão do patrimônio especial para outro, a do comum para o especial, a do geral para o especial, e vice-versa. Ora, com a fusão dos patrimônios, não há mudança de sujeito. Por isso, a partilha dos bens dos separados judicialmente ou divorciados não paga imposto de transmissão, nem a mulher, que tinha bens particulares e comuns, os paga pela morte do marido. (Há leis estaduais que o exigem, mas são contrárias à Constituição. Só o que excede à metade pode pagar imposto.) Também por isso, se o administrador do patrimônio especial aliena, como se pertencesse a esse, bem que pertence a outro patrimônio do mesmo titular, obrou como o mandatário

que não tinha poderes para isso (arts. 1.305-1.307), e não como gestor de negócios, segundo o art. 1.331 ou os ads. 1.332 e 1.333 (sem razão, K. Hellwig, *Lehrbr'ch,* 1, 310, nota 9, e A. von Tuhr, *Der Allgerneine Teil,* 1, 347, nota 47).

2.

Titular de dois ou mais *patrimônios.* Se o administrador litiga com o titular do patrimônio, a respeito dos limites do patrimônio especial, ou sobre relações entre o patrimônio geral e o especial, estranha-se que sejam autor e réu a mesma pessoa, — o titular dos dois patrimônios. O litigar contra si mesmo repugnava aos juristas, mais do que o negociar consigo mesmo. No entanto, não viam eles que o ser titular da pretensão à tutela juridica, o ser titular da pretensão de direito material e o ser sujeito da relação jurídica processual não são qualidades que hão de estar necessariamente na mesma pessoa (cf. nossos *Comentários ao* Código *de Processo Civil de 1939,* II, 448 s.). Na espécie da massa concursal, como em outras, a pretensão à tutela jurídica e o ser sujeito da relação jurídica processual estão com o administrador da massa, ao passo que com o devedor está a pretensão de direito material.

§ 600. Conceito de passivo

1. *Ativo e passivo.* Ao conceito de conjunto de direitos, pretensões, ações e exceções, que enchem o patrimônio, e se diz *ativo,* opõe-se o conceito de *passivo,* que é o conjunto de deveres, obrigações e situações passivas das ações e exceções, *patrimoniais.* O passivo apenas diminui (= ameaça diminuir) o patrimônio: ou esse se diminui pela prestação que o titular faz com algum ou alguns dos seus elementos, ou pela execução forçada, a começar pela penhora. A constrição pelo arresto, ou pelo sequestro, ou por outra medida semelhante, que tire a posse imediata, ou restrinja o poder de disposição, diminui desse elemento possessório o patrimônio.

A execução forçada é o acesso ao patrimônio por parte do Estado; também *o* é, posto que com menor intensidade, o arresto, o sequestro, ou outra medida semelhante.

2. Balanço. O balanço enumera os elementos do ativo e os do passivo, com os seus valores respectivos, soma-os e "balança-os" (pesa-os), isto é, diminui um do outro. Refere-se, necessariamente, a certo momento, em que foi feito. Quando, no art. 1.176, o Código Civil diz ser nula a doação quanto ao em que ela exceder à metade disponível (cf. ads. 1.576), supõe-se o balanço, e não só o ativo. Dá-se o mesmo, para se saber de quanto a pessoa pode dispor em testamento (art. 1.576), mas, aqui, o momento é futuro e pois futuro o balanço. Também supõe balanço a liquidação da quota do sócio que se retira *(e.g.,* art. 1.404). Quando ocorre dano a alguém, —

ou se dá diminuição do ativo, que é o patrimônio, ou aumento do passivo, portanto aumento na situação de *exposição* à *diminuição,* por parte do patrimônio.

Se o patrimônio passa a outrem, ora a responsabilidade é dentro das forças do patrimônio transmitido *(e.g.,* arts.

1.586 e 1.587), ora ilimitada (e.g., art. 1.396).

3. *Elementos* do passivo. O elemento do passivo tem, às vezes, por objeto prestação de elemento determinado do patrimônio. Não tendo

sido prestado, figura no patrimônio e dele pode dispor o titular, e os credores, quaisquer, podem pedir a penhora do elemento a ser prestado ou outra medida constritiva. Bastaria isso para se ver que a expressão *bona* da L. 39, § 1, D., *de verborum significatione,* 50, 16 ("Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt"), não se refere a patrimônio. Se o elemento do patrimônio está exposto a ser restituido, em qualquer pretensão de destituição, ou à prestação ao titular de alguma pretensão de regresso, computa-se àquela ou a essa no passivo (A. von Tuhr, *Actio de in rem verso,* 93). Os direitos formativos contra o titular do patrimônio incluem-se no passivo.

patrimônio, em sua unidade, expõe-se à liquidação da passivo, sem discriminação dos elementos; de modo que a divida velha pode ser paga com elemento novo, ou elementos novos, e a dívida nova com elementos velhos. Por outro lado, os elementos do patrimônio podem sair, sem que os credores tenham qualquer atuação para que não saiam. Daí dois princípios: *a)* o *princípio da independência do ativo,* segundo o qual o titular do patrimônio não tem de consultar os seus credores, nem deixar de administrar o seu patrimônio, como entenda, se há passivo; *b)* o *princípio da independência do passivo,* segundo o qual se *deve,* se é *obrigado,* e se fica *em situação passiva* nas ações e exceções, ainda que exausto o ativo. Só excepcionalmente, os

sistemas jurídicos permitem que os credores intervenham, através do Estado, na administração e disposição dos elementos do patrimônio pelo titular: donde, como *restrição* a *a),* as medidas constritivas cautelares (arresto, sequestro etc.), a penhora como início de execução forçada, a aceitação da herança conforme o art. 1.586 e a ação anulatória (ads. 106-113); como *restrição* a *b),* os processos concursais. Os dois princípios, *a)* e *b),* são de direito cogente. Não ofende a cogência dos dois princípios declarar o testador que as dívidas sejam pagas pela herança sem sacrifício dos legados, de alguns ou de algum deles (cf. arts. 1.727 e 1.728, 1.799), ou que não hão de correr por conta do legado as despesas e riscos da entrega (art. 1.705). A responsabilidade pelas dividas, durante a sociedade conjugal, rege-se pelos ads. 262, 264 e 268, 270, 1 e II, 275, 277 e 299.

4.

Responsabilidade limitada. Diz-se *limitada* a responsabilidade quando somente patrimônio especial, ou alguns elementos do patrimônio podem ser atingidos pela execução forçada. Enquanto o que deve x pode sofrer penhora de qualquer elemento do seu patrimônio, ou, se algum ou alguns elementos não bastam, em todo o seu patrimônio, o que é *limitadamente responsável* —diferentemente do que é *pessoalmente responsável* — pode impedír que certos elementos do seu patrimônio sejam penhorados, sem outra razão que a limitação da

responsabilidade. Se desvia bens, diminuindo o valor que responderia aos credores, nasce, para ele, responsabilidade pessoal em crédito do patrimônio especial contra o patrimônio pessoal. E o *principio* 4a *incolumidade dos patrimônios separados.* ~Qual, porém, a natureza desse princípio? Fundou-o Victor Ehrenberg (Peschrãnkte Haftung, *Fest gabe fdr E* Regelsberger, 10, nota 2) no art. 159 (ato ilícito, cf. Código Civil alemão, § 826); K. Hellwig *~Lehrbucb,* 1, 227), em infração de dever de vigilância, *ad instar* da gestão de negócios. Não há pensar-se na fraude contra credores, salvo satisfeitos os especiais pressupostos (arts. 106-113), nem no art. 1.092, 2º alínea, nem no princípio de que se devem cumprir, de boa-fé, as obrigações (assim, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 326 s.). O problema, posto que se pareça com o da exclusão do *beneficium competentiae* ao doador que se empobrece (art. 1.175) para evitar cumprir a doação, ou para propor a ação do art. 1.175, não é o mesmo, porque um se põe no plano do patrimônio pessoal e o outro entre o patrimônio pessoal e o patrimônio separado. Parece-nos que a verdadeira solução é a da responsabilidade *a contrario* sensu, fundada no art. 160, 1, *verbis* "exercício regular de um direito".

5.

Convenção de responsabilidade limitada. Pode-se convencionar a *limitação* da responsabilidade?

Noutros termos: *vale* a cláusula em que o credor admite que o seu crédito somente seja executado em certos elementos do patrimônio pessoal, ou especial? De início, afastemos confundir a questão com a outra, similar, da obrigação de solver a dívida com o produto de certa coisa, ou o recebido por certo serviço, em que se restringe a dívida mesma. A essa confusão não se forrou K. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 227). O que se supõe é exatamente a não-restrição da divida e a só restrição da responsabilidade. Pergunta-se se é permitido convencionálo, ou inseri-lo em negócio jurídico unilateral. Tampouco se há de confundir esse problema com o da diferença entre a garantia e a dívida garantida, — confusão em que incorreu A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* 1, 427); nem com o da restrição da dívida *até* certo importe. A resposta ao problema, que aqui nos interessa, tem de atender a que a execução forçada é de direito processual, portanto público; mas, por outro lado, a que o *pactum de* non *petendo* somente pode ser até ceda quantia, ou até certo tempo, e a que, devido ao elemento germânico do direito ocidental, a dívida e a responsabilidade são distintas. A resposta é afirmativa (O. von Gierke, *Vereine ohne Rechtsfáhigkeit,* 2º ed., 39; O.

Geib, *Rechtsschutzbegehren,* 171 s.; G. Planck, *Kommentar,* II, 3ª ed., 7, 4º

ed., 30; H. Siber, Zur Theorie von Schuld und Hafturig, *Jherings JahrbOcher,* 50, 28; R. Stammler, *Das Recht der Schuldverhàltnisse,* 23; H. Reichel, *Die Schuldmitúbernahme,* 72, nota 1; contra, E. Hôlder, *Natúrliche und juristische Personen,* 285). Ao Estado é pedida a execução; o credor pede-a, se o quer, pois o fim da execução é realizar o direito e realizar direitos do exeqúente. Tem esse a pretensão à tutela juridica, que não pode ser cerceada ou restringida por negócios jurídicos; mas a pretensão a haver o que satisfaça a dívida é outra coisa, e dela depende o que se pede na execução. Por isso, seria forte demais negar-se a negociabilidade da restrição objetiva de penhorar, ou de arrestar, ou de obter outra medida constritiva, *e.g.,* "não penhorará o piano", "não penhorará a casa em que moro", ainda que só até cedo tempo.

Discute-se como o devedor pode evitar a responsabilização contra a restrição. Por exemplo, o que B pode fazer para que A respeite a promessa de não penhorar, ou de não arrestar, ou de não levar a cabo outra medida constritiva. As soluções propostas foram as seguintes: *a)* a invocação da analogia com os arts. 669, 736-745 do Código de Processo Civil (embargos do devedor); *b)* o pedido de revogação do despacho (cf. nossos *Comentários* ao *Código de Processo Civil de 1939,* VI, 388 s.), que é defesa, e não embargos do devedor; c) o pedido de redução segundo o art. 685, 1 do Código de Processo Civil, que, aliás, somente serviria nas espécies de restrição quantitativa; *d)* os embargos do art. 746. Não há, evidentemente, excesso de penhora, de modo que se pudesse invocar o art. 685, 1. Ou se admite o pedido de revogação, pois que, em qualquer hipótese de execução de sentença, há de constar da sentença exequenda a apreciação da restrição (O. Ceib,

Rechtsschutzbegehren, 173, nota 2), ou, em qualquer hipótese de titulo executivo não-sentencial, a cognição inicial pelo juiz lhe impõe o exame; cabendo, ali, embargos do devedor, segundo os arts. 669, 736-745 (se foram excluídos, negocialmente, alguns bens), ou embargos a arrematação ou à adjudicação (art. 746), se a restrição foi quantitativa e o excesso superveniente à penhora. O problema não oferece as dificuldades que surgem noutros sistemas jurídicos, devido à excelência da ação de oposição à execução tal como, sob o nome de

embargos do executado, recebemos da antiga tradição portuguesa. O executado pode ter proposto a ação de indenização pela infração do contrato (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 328), ou da declaração unilateral de vontade por parte do exeqúente, ou propô-la, se não foi apreciada na sentença a questão e declarada, com força de coisa julgada, a não-restrição. Se, porém, deixa correr a execução, e não exerce a defesa, ou não opõe os seus embargos, as circunstâncias da sentença podem estabelecer a preclusão. Depois da execução, são proponíveis a ação rescisória da sentença, bem assim da sentença nos embargos do devedor.

6.

Negócios jurídicos entre o titular do patrimônio e o administrador. O direito não cria, já o dissemos, nenhum obstáculo, *a priori,* a negócios juridicos entre o titular do patrimônio e *o* administrador desse. Porque, em principio, se permitem tais negócios jurídicos, as leis têm de conter regras jurídicas especiais em que são eles proibidos, se, na espécie, há, ao ver dos legisladores, razão para isso. Então, a sanção é a da não-validade, como acontece com a venda e compra, a cessão de crédito (art. 1.143), e a troca (art. 1.164), em se tratando de patrimônio administrado pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, mandatários, ou de empregados públicos, juizes, empregados de fazenda, secretários de tribunais, escrivães e outros oficiais de justiça, quanto a bens sobre os quais exerçam algum poder público (art. 1.133, I-IV). Fora dessas espécies de transmissão, os negócios jurídicos são permitidos, tal como a locação de coisas e de serviços, o empréstimo (cf.

A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 342, quanto ao testamenteiro), o contrato de seguro, o de trabalho e os demais. Se o chefe da sociedade conjugal pode criar crédito do patrimônio comum contra o patrimônio particular do outro cônjuge, porém não vice-versa, é porque, para criar crédito, precisa poder dispor, e ele representa o outro cônjuge, quanto aos bens particulares. Todavia, podem nascer créditos derivados de gestão de negócios e de enriquecimento injustificado (cf. art. 274, in fine). Tais situações podem surgir a respeito de bens não-usufruidos pelo titular do pátrio poder e bons usufruidos por ele, se tem ele a administração dé todos (arts. 389-390). Assim, se o pai tira de bens usufruidos para inverter ou conservar os outros dá ensejo à pretensão do patrimônio usufruído contra o patrimônio não-usufruído; e inversamente. Idem, quanto à herança e os herdeiros.

§ 601. Valor dos bens

1. *Valor e elemento do patrimônio.* Os bens têm valor. O valor econômico traduz-se em dinheiro. Valor objetivo é o valor do tráfico, o *pretium commune,* o valor que o bem tem para muitos (teoricamente, todos), conforme as circunstâncias de lugar e de tempo. O modo de se achar o valor é inconfundível com o valor; daí poder ser errada a *avaliação* ou estimação do bem.

2. *Modos de avaliação.* Há valor: a) espontâneo individual (A oferece o bem *a* por x, 13 oferece x por *a); b)* individual provocado (A é encarregado de dizer qual o valor de *a* e fixa-o em x); *c)* tarifário legal (a *lex specia lis* fixou em x o valor dos bens da classe *a* e o bem, de que se trata, entra em *a,* cf. o que estatuíra o Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, arts. 16-21); *d)* tarifário regulamentar (segundo a lei, a fixação em tarifa é feita por autoridade pública); *e)* espontâneo comissional ou pericial (A, 13, e C fixam em x, dependendo de apreciação negocial ou judicial o aproveitamento da fixação); fl comissional ou pericial provocado (a junta de avaliadores fixa em x; os avaliadores oficiais ou em que se louvaram os interessados fixam em x). O valor em bolsa entra na classe *e),* salvo quando foram provocados para a avaliação, in casu, conetores.

3. *Valor* subjetivo. O valor subjetivo, *pretium singulare,* é o que o bem logra ter para a pessoa A, individualmente, determinada. Diz-se, também, valor estimativo. *As indenizações,* de regra, *hão de abranger* o *valor de estimação ou valor* subjetivo. Em todo o caso, o valor (puramente) de afeição é requinte de subjetividade, e não se leva em conta. Se o anel, que a A foi roubado, tem de ser avaliado para a indenização pelo ladrão, que o jogou no mar, ou o destruiu, levam-se em conta o valor objetivo e o valor subjetivo, que é o preço para se fazer outro anel como aquele, com as armas da família de A, não porém o ter sido *presente* da noiva de A.

4. *Valor de preço.* De ordinário, o valor dos bens é dado pelo que, transferindo-se, por eles se adquire. Dai ter-

se procurado definir patrimonialidade por transferibilidade: bens transferíveis seriam patrimoniais. A definição seria defeituosa, porque há bens patrimoniais que são intransferíveis; então, basta o valor de uso, pois tempo. O

modo de se achar o valor é inconfundivel com o valor; daí poder ser errada a *avaliação* ou estimação do bem.

2.

Modos de avaliação. Há valor: *a)* espontâneo individual (A oferece o bem a por x, B oferece x por a); *b)* individual provocado (A é encarregado de dizer qual o valor de *a* e fixa-o em 4; *c)* tarifário legal (a *(ex specia lis* fixou em x o valor dos bens da classe *a* e o bem, de que se trata, entra em *a,* cf. o que estatuira o Decreto-Lei nº 7.036, dc 10 de novembro de 1944, arts. 16-21); *d)* tarifário regulamentar (segundo a lei, a fixação em tarifa é feita por autoridade pública); *e)* espontâneo comissional ou pericial (A, 13, e C fixam em x, dependendo de apreciação negocial ou judicial o aproveitamento da fixação); fl comissional ou pericial provocado (a junta de avaliadores fixa em x; os avaliadores oficiais ou em que se louvaram os interessados fixam em x). O valor em bolsa entra na classe *e),* salvo quando foram provocados para a avaliação, in *casu,* corretores.

3. *Valor subjetivo.* O valor subjetivo, *pretium singulare,* é o que o bem logra ter para a pessoa A, individualmente, determinada. Diz-se, também, valor estimativo. As indenizações, de regra, *hão de abranger o valor de estimação ou valor subjetivo.* Em todo o caso, o valor (puramente) de afeição é requinte de subjetividade, e não se leva em conta. Se o anel, que a A foi roubado, tem de ser avaliado para a indenização pelo ladrão, que o jogou no mar, ou o destruiu, levam-se em conta o valor objetivo e o valor subjetivo, que é o preço para se fazer outro anel como aquele, com as armas da família de A, não porém o ter sido *presente* da noiva de A.

4. *Valor de preço.* De ordinário, o valor dos bens é dado pelo que, transferindo-se, por eles se adquire. Daí ter-se procurado definir patrimonialidade por transferibilidade: bens transferíveis seriam patrimoniais. A definição seria defeituosa, porque há bens patrimoniais que são intransferíveis; então, basta o valor de uso, pois

não há, *ex hypothesi,* valor de troca; o que de si só demonstra que o valor de uso é o mais geral e está à base mesma do valor da troca. Ora o uso é pela própria pessoa, que tem o valor, ora por outra, para que aquela receba contraprestação, ora o uso e deixado para mais tarde, pela pessoa que tem o valor, ou por outrem. Valores intransferíveis podem ser elementos do patrimônio; inclusive se com o uso se exaurem, como acontece ao bilhete de concedo se intransferível. Tampouco é de dizer-se que os elementos do patrimônio se transmitem por herança; os elementos intransferiveis entre vivos são intransmissíveis a causa de morte, salvo alguns que são transmissíveis por herança se bem que não transferiveis entre vivos *(e.g.,* créditos que estão subordinados a *pactum de* non *cedendo).*

Os direitos patrimoniais são os com que ou em que se executam as dívidas do titular deles. Porém seria inexato dizer-se, como A. von Tubr *(Der Allgemeine Teil,* 1, 315), que o mais relevante caráter dos direitos patrimoniais consiste em que, juntos, formam o objeto em que incide a responsabilidade do sujeito, a quem pertencem, para o pagamento das dividas; pois os valores inalienáveis ou impenhoráveis escapam à execução forçada *e* aqueles à execução voluntária.

§ 602. Sub-rogação real

1. *Conceito de sub-rogação real.* O fato da sub-rogação real já se passa no mundo jurídico. Mais exatamente: no plano da eficácia juridica; não há sub-rogação real no mundo fático. No mundo fático, posso substituir a perna da mesa, desparcializando uma, que talvez vá ao fogo, ou talvez tenha de ser aproveitada em outra mesa, ou cadeira, ou para outra obra de carpinteiro ou marceneiro, e parcializando outra: a substituição de partes integrantes dá-se no mundo fático; é substituição material, e não sub-rogação real. Na sub-rogação real, um bem fica no lugar do outro, *juridicamen te.* O principio de sub-rogação real, gera! ou não, incide sobre suporte fático estendido no tempo (a coisa A ou valor A a coisa A‟ ou valor A‟). A sub-rogação não é dependente do conceito de universalidade, como veremos; de modo que o bem A ou valor A pode ser elemento único (be m singular) ou elemento de bem coletivo.

2.

Princípio da sub-rogação real no universal. Se, nos bens coletivos, a algum dos bens que o compõem se

substitui valor, ou outro bem, ou se, com o valor, se inclui outro bem, dá-se a sub-rogação. A esse princípio (art. 56: "Na coletividade, fica sub-rogado ao individuo o respectivo valor, e vice-versa"), que, em sua generalidade audaz, é peculiaridade do direito brasileiro, chama-se *princípio da sub-rogação real no universal.*

O direito romano e o comum desconheceram a acepção atual, larguíssima, de sub-rogação, posto que tivessem a sub-rogação de uma pessoa por outra. Evolveu o conceito com o direito canônico, facilitado pela filosofia que estava à sua base, chegando-se ao conceito francês da sub-rogação pessoal, pela mudança do sujeito de direito (e.g., no Código Civil brasileiro, arts. 766, parágrafo único, 814, § 2º, 985-990, 1.415, 1.495 e 1.496, Lei nº

8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 51, § 3º e Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 9º).

Dá-se a sub-rogação *real* quando se muda o objeto: *Pretium,in universalibus, succedit in locuni rei, et res ir) locum pretii,* formulou a Glosa. Para chegar até ai, a Glosa tirou da L. 1, § 8, D., *quando de peculio actio annalis eM,* 15, 2, o conceito de pecúlio, e da L. 56, D., *de reivindicatione,* 6, 1 *(Vindicatio* nor) *ut gregis, fla et pecúli recepta est, sed res* singu *las* is, *cui lega tum peculium* est, *petet)* o de singularidade; donde dizer-se:

"peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur", conceito que persiste nos arts. 54 e 57; e Bártolo distinguir *universitas corporuni* tantum, como o rebanho, e *uniuersitas corporum iuris,* como o pecúlio, cabendo, quanto àquela, a reivindicação, e, quanto a essa, só a *petitio hereditatis vel actio ex testamento et sim ilia* (cp., hoje, arts. 1.572 e 57). A sub-rogação não foi, já então, peculiaridade da *universitas iuris* (Jasão de Mamo, acerca da L. 22, D., *de legatis et fideicomissis,* 30, disse: In universalibus pretium *succedit loco rei; Una res subrogata* loco *alterius* sapit *naturam eius),* posto que o sustentasse J. Kohler, Zwólf Studien, *Archiu fúr Búrgerliches* Recht, 22, 4 (com razão, A. Waller, *"Surrogation",* 5). A

alusão de Jasão de Mamo era a todas as universalidades, tanto mais quanto a doutrina das *universitates rerisni, iuris* e *Jacti,* só se desenvolveu depois.

3. *Conteúdo do art.* 56 *do* Código Civil. Antes de se explorar o conteúdo do art. 56, — que é sem par, em sua generalidade e em sua explicitude escrita, — convém expor-se o que se passou no direito alemão e no francês.

Antes do Código Civil alemão, C. G. von Wãchter *(Erôrterungen,* 9), que negava o princípio da subrogaçao real, reconhecia que o conceito de bens sub-rogados era compreensível de si mesmo e chamou à colocação jurídica de uma coisa no lugar da obra *Surrogierung,* à alemã, em vez de *Subrogation,* à francesa. Em verdade, continuou a doutrina àprocura do principio, até que ele surgiu, implícito, no Código Civil alemão, embora um tanto dependente do conceito de patrimônio *(Motive,* III, 28). Já então, em vez de a "preço", se alude a "valor", a "equivalente" (E. Windmúller, *Die* Bedeutung uind *Anwendungsfãlle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, 2), e é o que vemos no art. 56 do Código Civil brasileiro, *verbis* "o respectivo valor e vice-versa", Passo além, na linguagem técnica. Aqui e ali, os comentadores e tratadistas alemães referiam o princípio da sub-rogação real; à~ vezes, como F. Schollmeyer, ao *comrnodum* tácito, segundo E Mommsen *(Erãrterungen,* 1, 76 s.). Em geral, negaram a existência do princípio tal como aparece no art. 56 do Código Civil brasileiro. Dai dizer-se que continuava de ser o grande desconhecido (A. Waller, *"Surrogation',* 22). Um dos expedientes para se negar a existência do princípio consistia em, diante dos casos de sub-rogação, se enumerar o que entraria no patrimônio ou noutro bem coletivo. Vê-se, facilmente, como era frágil, no terreno lógico e no jurídico, a argumentação que se tecia com esse expediente. Outro argumento era o da irreivindica-bilidade dos patrimônios, dos pecúlios, segundo a L. 56, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, como se o conceito de sub-rogação algo tivesse com isso.

No direito francês, a existência do principio da sub-rogação real é suposta por algumas regras jurídicas especiais (Código Civil francês, arts. 132, 747, 766, 1.066, 1.067, 1.069, 1.407, 1.433, 1.434, 1.552 e 1.559). Os clássicos franceses recorriam a *ficção,* por serem fungiveis, diziam, os elementos compdnentes da universalidade de direito; mas tal explicação esbarraria ante a sub-rogação de coisas singulares.

Em verdade, foi Thiele (Studien, *Archiv for die ciuilistische Praxis,* 81, 1 s.), em 1901, quem falou de princípio de sub-rogação, de cuja incidência resultaria *direito de sub-rogação,* entendendo que as regras jurídicas especiais (e.g., §§ 1.370, 1.381 e 1.382) revelam o pensamento legislativo, que só se teria formulado para algumas espécies. Faltou-lhe, porém, precisão na enunciação do princípio (por exemplo, falou de sub-rogação quanto a acréscimos, p. 19). Apontou, logo depois, em 1902, E. Windmtiller (13) duas formulações, uma que atenderia objetivamente ao subrogamento *(,pretium succedit),* e outra, subjetivamente, à proveniência dos bens ou recursos. Aludiu (94 e 108) ao ressarcimento (objetivamente) e à legitimação (subjetivamente). Pensou que se pode extrair das espécies particulares o principio de ficar um bem no lugar de outro (1 s.), mas negou-lhe generalidade (2). A contradição ressaltou: ou só há pluralidade de princípios, a que as espécies particulares correspondem, ou é extraível principio geral. Em 1903, J. Kohler (Zwólf Studien, *Archiu fOr Búrgerliches Recht,* 22, 1 s.) atentou na sub-rogação e na inserção propositada (Bewidmung), distinguindo a entrada do bem

adquirido como parte do patrimônio e a entrada por efeito de negócio jurídico concernente ao patrimônio.

Ganhou-se um pouco de precisão. Mas A. Wieruszowski *(Handbuch,* II, 315 s.), que se lhes seguiu, em atitude cética, não definiu, nem aprofundou; examinou casos, e concluiu que a sub-rogação se dá quando se adquire algum valor com sacrifício do patrimônio. Ao fato da atração do bem adquirido, sem substituição de outro ou de valor, chamou (303 e 316 s.) aquisição sub-rogatória impura, nome evidentemente impróprio.

O exame do que se fizera até o momento em que apareceu o Código Civil brasileiro bem mostra quão significativo foi, na história do direito civil, o art. 56. Posto no texto pela Comissão revisora (Projeto revisto, art. 70), por iniciativa de Joaquim da Costa Barradas e Lacerda de Almeida, o principio revela reflexão e amadurecimento. Críticos não faltaram, pelo não no terem entendido, menos ainda apreciado o seu papel histórico (e.g., Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil,* 245; Código *Civil Comentado,* 1, 300).

Uma das questões que o art. 56 suscita é a da reivindicabilidade da

coisa coletiva, especialmente do patrimônio; isto é, se não mais persiste a regra da L. 56, D., *de reivindicatione,* 6, 1.

4. *Direito cogente.* O art. 56 enuncia o principio geral da sub-rogação real nas universalidades. Assim, segundo *o* art. 56, que é *tus* cogens, nos bens coletivos, opera-se organização aquisitiva necessária, de modo a encher-se o bem coletivo. A formulação do princípio, quanto aos bens coletivos, e não só para as universalidades *iuris,* não exclui a sub-rogação da coisa singular, ou do bem não corpóreo singular, quando há, respeito à coisa, ou ao bem incorpóreo, algum interesse que justifique, para a lei, a sub-rogação real do bem singular Existe, pois, princípio *geral de sub-rogação real,* que se pode enunciar do seguinte modo: Onde a substituição de um bem por outro, sem se subordinar às mesmas regras jurídicas que sobre aquele incidiam e iam incidir, sacrificaria a destinação do bem singular, ou a sua inclusão em bem coletivo, a sub-rogação real se opera. Há portanto, *a)* pr:%cipio geral de sub-rogação real, nas coletividades (art. 56); *b)* princípio geral de sub-rogação real, nos bens singulares, que se manifesta nos arts. 293, parágrafo único, 735, § 2º, 737, 738, 749, 787 e parágrafo único (Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, art. 12, §§ 2º e 3º); *c)* princípio relativo a cedas espécies (arts. 269,11, e 483; Código de 1973, art. 1.168). Com essa amplitude,de princípios, ganhou o direito brasileiro um dos melhores expedientes técnicos.

5. *Auto-avanço da relação jurídica.* O fatb da sub-rogação — *que já se passa* no *mundo* jtirídico, pois só se sub-roga um bem a outro, se sobre suporte fático, em que se aloja o novo bem, incidiu algum dos três princípios acima — é apenas o ponto extremo, caracterizado, do a que se chamou autodesenvolvimento da relação jurídica (Selbstentwicklung) e melhor chamaríamos *auto-avanço da relação jurídica.* As espécies mais simples são aquelas em que o auto-avanço é para assegurar o direito de alguém ou as quotas de duas ou mais pessoas no mesmo bem, como se dá: 1) ao surgir a obrigação de restituir o que indevidamente se recebeu, se a restituição do próprio bem não é mais possível, objetivamente, ou o que o recebeu não pode, subjetivamente, fazê-lo: reembolsa-se o valor (ads. 967, 968 e, quanto aos frutos, acessões e benfeitorias, 966; Código Civil alemão, §

818); 2) nos casos de extinção da propriedade da coisa móvel pela adjunção, comistão, ou confusão, em que, se o proprietário da coisa inclusa adquire a compropriedade da nova coisa (art. 615, § 1º),

continua de ser dono, em parte, da que se incluiu, ou, se adquiriu toda a propriedade (ads. 615, § 2º, 616 e 617), algo se passa que é autodesenvolvimento da relação juridica; 3) na espécie dos arts. 604 e 606 (Código Civil alemão, §§ 966, 973, 979 e 983); 4) se algum devedor paga ao usufrutuário, usuário, ou habitador, pois a propriedade (se se trata de imóvel, após o registro, art. 715) passa ao que recebe (direito real novo; sem razão, nosso *Tratado dos Testamentos,* 111, 359); 5) no usufruto, uso, habitação, ou nos demais direitos reais, se o direito de alguém recaia em parte do bem e a divisão se operou, passa (não digamos nasce, *gebuhrt,* como o Código Civil alemão,

§§ 1.066, alínea 3º, 1.258, alínea 39 ao novo bem autônomo (direito real *ipso iure* auto-avançado, cf. art. 631).

A sub-rogação caracteriza-se nas espécies de organização aquisitiva necessária; 6) o proprietário da coisa perdida adquire a propriedade do produto da venda (art. 606); 7) o dono da coisa, que foi alienada judicialmente como se fosse de outrem, recebe o produto; 8) a mulher, ou o marido (art. 251, II e IV), adquire a propriedade dos bens comprados ou trocados pelos frutos dos seus bens; 9) o filho ou o tutelado ou curatelado tem a propriedade dos bens adquiridos com os seus recursos; 10) os herdeiros têm a propriedade dos bens que o possuidor da herança adquiriu com os recursos dessa. O auto-avanço tem ainda mais nítida feição, tratando-s de patrimônios separados (e.g., art. 57); 11) pertence ao ativo o social tudo que os sócios adquiriram em virtude de direito expectativo que cabia ao ativo social, ou como indenização de destruição, deterioração ou desvio de bem que dele faça parte; 12) o imóvel adquirido com o objeto do dote, ou parte dele, ou com importância que faça parte dele, se considera dotal (art. 291); 13) os bens adquiridos com valores pertencentes a um dos cônjuges, em substituição dos padiculares, não se comunicam (art. 269, II); 14) são incomunicáveis os bens cuja aquisição tem por título causa anterior ao casamento (art. 282); 15) os bens adquiridos com os valores deixados ao filho

com exclusão do usufruto do titular do pátrio poder, ou para fim certo e determinado, ficam livres desse usufruto (art. 390, 1 e II), bem assim os que se adquiram com os valores obtidos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento (art. 391, 1), ou em serviço militar, de magistério, ou outra função pública (art. 391, II), ou com valores não

administrados pelo titular do pátrio poder (art. 391,111), ou havidos em herança, tendo sido excluido o titular do pátrio poder (ads. 391, IV, e 1.602); 16) o que se adquire com valores da herança é bem da herança. A sub-rogação real do bem singular dá-se: 17) no caso do sinistro da coisa hipotecada, empenhada, sujeita a anticrese, ou outro direito real (arts. 735, § 2º, 745 e 748, 762, § 1º); 18) no caso de desapropriação da coisa sujeita a direito real (arts. 738, 745, 748, 762, V); 19) nos casos de sub-rogação por ato do juiz (art. 1.677, Decreto-Lei nº 6.777, de 8 de agosto de 1944, arts. 1º e 2º Código de Processo Civil, art. 1.112, II).

6. *Operação substitutiva real.* Na sub-rogação real, trate-se de bem singular, ou de bem coletivo, dá-se a substituição *jurídica* de um bem a outro, de modo que o bem adveniente (bem imóvel, crédito, direito formativo ou expectativo, ou o que for) se substitui a outro, da mesma ou de outra natureza. Uma vez que se fala de substituição *jurídica,* é claro que se está no plano da eficácia. A sub-rogação acontece no mundo jurídico, como efeito. Algum princípio de sub-rogação real, que é a espécie mais característica do auto-avanço, do autodesenvolvimento da relação jurídica, incidiu; o bem, que substitui o outro, é elemento do suporte fático do princípio de sub-rogação real. Para que a sub-rogação se perfaça, é preciso, para o suporte fático, que *a)* um bem — o bem adveniente — entre em patrimônio, de onde outro saiu, *b)* que exista patrimônio ou bem coletivo, sujeito a regime próprio, ou que o outro bem, o bem sainte, esteja sob regra jurídica que o marque (usufruto, uso, habitação, fideicomisso, ou restrição de poder, como cláusula de inalienabilidade, ou incomunicabilidade). Por onde se vê quão frágil era a argumentação de que se serviram os juristas hostis à subrogação real, e, *a fortiori,* à afirmação de princípio geral de sub-rogação real. Nem se precisa de lançar mão da explicação pela ficção legal *(Subrogatum sapit* naturam *subrogati),* com que os juristas franceses (Aubry e Rau, J. Flach, E. Paulmier) através de dois adágios da Glosa e do conceito de fungibilidade dos elementos do patrimônio, procuravam descrever o fato de sub-rogação. Não há fungibilidade, qualidade da coisa; há substituição material, que só se faz jurídica pela incidência do princípio de sub-rogação real. Se se trata de bem coletivo, o valor que entra, em lugar de outro, ocupa esse lugar, como efeito jurídico e para os efeitos jurídicos, porque, sem isso, o patrimônio seria in-enovável e, pois, em irremediável diminuição. Para que o conceito fosse útil, tinham de ser substituíveis, mantido ele, os seus elementos; e os dois enunciados da Glosa traduziram isso: In *iudiciis uniuersalibus pretium succedit* toco *rei et res* in *toco pretii.* Se está em causa ben(singular, é preciso e basta que a

relação jurídica, em que ele se acha, se tenha de autodesenvolver, de auto-avançar; razão por que é falso, se esse pressuposto ocorre, o enunciado 1n *iudiciis singularibus, pretiurn* non succedit toco rei, nec *res toco pretii.*

Não há ali, nem, *a f* ortiori, aqui, fungibilidade. Para que esse conceito pudesse ser invocado, seria preciso alargá-lo; e nada mais impróprio à ciência do que estender conceito exato, técnico, para por ele se explicar Fato que, sem isso, nele não caberia.

7.

Sub-rogação real na singularidade e na universalidade. A sub-rogação não depende da coletividade ou da singularidade do bem. Basta que esse seja subordinado a situação jurídica especial, ou que se haja de assegurar a substituição interna da massa dos bens. Se há fim especial, o valor é que importa, pois há destino juridico; para ser jurídico o destino, é de mister que seja *efeito* da incidência de alguma regra jurídica *(e.g.,* inalienabilização, inclusão em patrimônio). O destino material, só, não basta: o preço do altar vendido, caso típico de destinação material, não se sub-roga ao altar. Se falta o destino juridico, que só se dá já no *plano da eficácia dos fatos jurídicos,* cada coisa, que materialmente se substitui a outra, é apenas após o valor; se há o destino juridico, o valor é entre as coisas, no tempo, e cada coisa fica no l *ugar* da outra.

No Código Civil, quanto às coletividades, o princípio geral da sub-rogação real encontrou fórmula decisiva no art. 56. Não se inseriu, quanto aos bens singulares, princípio geral de sub-rogação real. Ele existe, ainda não escrito, como princípio *a priori,* cujo suporte fático já analisamos. O valor do bem que tem destino jurídico, ou o bem que se adquiriu com esse valor, para esse destino, se sub-roga, porque, sem essa sub-rogação, o destino jurídico se sacrificaria. Se, a respeito de alguns bens, ou valores, estabelece a lei certas medidas de cautela, é para evitar que se fraude a destinação. Quando alguns juristas, diante do ln iudiciis *singutaribus, pretium* non succedit *toco rei,* nec *res loco pretii,* procuram explicar a sub-rogação de bem singular considerando-o patrimônio, incorrem na mais grave confusão, que é a de reidentificarem universalidade e destino jurídico. Há esse naquela, porém nem se‟mpre aquela nesse. A sub-rogabilidade ocorre ali e aqui, permitindo que se não apague a distinção. O destino jurídico do bem estabelece os pressupostos necessários ou propícios (iludibilidade

da sub-rogação, como se se desvia o valor do bem e se aplica sem atenção ao destino jurídico) à sub-rogação. O

valor, que se sub-roga ao bem, o próprio crédito do preço, as indenizações advindas de deterioração, incêndio,

destruição, dano, desapropriação, emprego (A. Henry, *De la Subrogation réelte,* 347), ou reemprego, as próprias pretensões à indenização, ou paga, tudo isso pode ser valor adveniente. Tudo, em suma, que provém do valor ou nasce junto a ele, corpóreo ou não (A. Wieruszowski *Handbuch des Eherechts,* li, 305; L. Salamonski, *Das Vorbehaltsgut der Ehefrau,* 32), sem importar se houve, para a aquisição, negócio jurídico, ou não. Aliás, a própria destinação jurídica pode resultar da lei mesma, ou de ato jurídico (sem razão, A. Henry, *De la Subrogation réelle,* 319, e M. Picard, em PlaniolRipert, *Traitá pratique de Droit civit français,* III, 38).

8.

O princípio do *art. 56* do *Código Civil e outras regras juri* dicas. O princípio do art. 56 aparece em referências especiais que não lhe prejudicam a generalidade *(e.g.,* arts. 269, 1, 288 e 293, parágrafo único): por isso mesmo, a falta de alusão a ele, a propósito de bens parafernais, não o exclui. Embora nada se diga no direito das sucessões, existe o princípio *Pretium* succedit Joco rei *et res loco pretil, si liereditatis interJuit;* e os arts. 56 e 57 bastam, — bastaria mesmo, sozinho, o art. 56: o que se adquire em virtude de direito pertencente à sucessão, ou como indenização, ou por ato jurídico ligado à sucessão, pertence à herança.

As consequências da sub-rogação às vezes são absolutas e invariáveis; outras vezes, dependem, no tempo, de algum fato. Nos casos do art. 762, § 1º, a sub-rogação aproveita a credor, mas a preferência, que recai sobra a indenização, não passa ao bem comprado com essa.

Sendo impossível, supervenientemente, a prestação, por culpa de terceiro, pode o devedor obter indenização, e o credor exigir o que o devedor obteve ou a cessão dos seus direitos. Não há, ai, sub-rogação,

ilusão a que levaram, na literatura alemã, a teoria do *comodurn* (cf. E Schollmeyer, *Recht der* Schuldverhâltnisse, 111; E.Windmúller, *Die* Bedeutung *undAnwendungsfâlle des* Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, 101) e o Código Civil francês, art. 1.303, *verbis* "II est tenu... de les céder à son créancier". No direito brasileiro, os arts. 865, alínea 2º, 868, 870 e 871 não nos permitem pensarmos em sub-rogação real.

Capítulo VII

Concorrência de Direitos

§ 603. Concorrência de direitos reais

1.

Principio da igualdade quanto ao simultâneo e concorrência de direitos. Entre os direitos reais, há o *princípio da igualdade quanto ao simultâneo* (= os direitos reais nascidos no mesmo momento, ou entre os quais não é possível estabelecer-se prioridade, têm a mesma eficácia). É o caso de dois títulos ao portador, ou à ordem, ou nominativos, a prestação certa, do mesmo número (K. Hellwig, *Die Vertrãge a4 Leistung cm Dritte,* 509; L. Brútt, *Die abstrakte Forderung,* 302): a solução é a compropriedade; desce-se ao plano da existência.

Se os direitos são de igual eficácia, e não se pode exercer um, completamente, sem se ferir ao outro, — ou o direito, escrito ou não escrito, prevê as diferentes situações possíveis, ou se tem de recorrer à justiça, para que dê a solução, como *modus uivendi.* Não há concorrência de direitos de igual eficácia, sem que haja solução. Ou ela está na lei, ou se há de entender que existe ação dos interessados para que a justiça proveja. No caso, por exemplo, da colisão de servidões, — ou assentam os seus titulares, contratualmente, no *modus vivendi* (o que, levado a registro, faz-se eficaz *realmente),* ou exerce um deles, ou exercem alguns ou todos os titulares a ação *de regramento de exercício.* Os juristas discutiram se essa ação é *declaratória* ou constitutiva. Pela declaratividade, W. Kisch *(Beitrãge zur Urteilslebre,* 128), J. Biermann *(Sachenrecht,* 336), K. Maenner *(Das Sachenrecht,*

284), G. Planck *(Kommentar,* III, 4º ed., 586) e outros; pela constitutividade, Martin Wolff *(Lehrbuch,* 111, 27º-32º ed., 5 sj, que alude à ação de demarcação, a respeito da qual também se discutia se é declaratória ou constitutiva e mostramos ser executiva *(Comentários* ao Código *de Processo Civil de 1939,* 111, *1,* 397-403). A questão, relativamente a igual-eficácia dos direitos sem espaço para eles, é de maior importância filosófica do que poderiam pensar aqueles juristas. Na afirmação da declarativídade, ainda eram eles vitimas do Nemo *injuria* focit qul *lure* suo *utitur,* da concepção absolutista de que todo direito havia de existir por si, ocupando o seu lugar no mundo jurídico, de tal maneira que se havia de colocar (arrumar-se, linha encostada a linha, superfície encostada a superfície), sem compressões, sem contundências, sem arranhões. Daí o contrato,

no caso de duas ou mais servidões de igual conteúdo e eficácia, ser declarativo (a solução faria parte, a *priori,* do sistema de perfeita ajustabilidade, e a deficiência seria nossa, subjetiva, e não do *perfeito e* absoluto mundo jurídico), ou constitutivo (cada um que concordasse na *restrição* desceria do perfeito a *priori* para o imperfeito a *posterior* O. A ação e a sentença teriam de ser, também, ou declarativas, ou constitutivas. Com isso, abstrairam de toda relação entre os titulares dos direitos em concorrência de exercício. Ora, essa relação existe; e existe porque o recaírem dois direitos iguais, sobre o mesmo objeto, é fato relevante para o mundo jurídico, desde que se deu. Tal fato não é diferente da comunhão, senão porque o direito já regulara as situações da comunhão e não no fez a respeito dos direitos reais concorrentes. O elemento declarativo, assim do contrato como da ação ou da sentença, se ocorreu concorrência de conteúdo e exercício de direitos, não passa de enunciado de existência dessa relaçáo e da insolubilidade da questão pelas próprias circunstâncias, O contrato pode vir discriminar, no compacto AR, em que A tem direito a AB e B direito a AB, o que há, razoavelmente (regra juridica de íris *aequum),* de tocar a A e o que há de tocar a B. Os titulares têm o dever de regulamentação, de estabelecer *modus ulvendi,* e o direito a ela; têm a pretensão e a obrigação; cada um deles tem ação para o regramento de exercício, O juiz, proferindo a sentença, *executa.* Tal execução ou pertence à jurisdição voluntária (assim, no direito austriaco), ou à jurisdição contenciosa (direito alemão e brasileiro).

A concepção contemporânea da relatividade dos direitos está à base

da ação *de abuso do direito* (ação pelo ato ilícito) e à base da ação *de regramento de exercício.* A relação, que se cria entre os titulares em concorrência, irradia eficácia, que dá a pretensão ao regramento, de uns contra os outros, que se satisfaz ou pelo contrato, ou pela ação, com a subsequente sentença no processo que se suscitar.

2.

Ação de regramento de exercício. A ação de regramento do exercício pode ainda ocorrer quanto aos outros direitos reais (usufruto, uso, habitação, hipoteca, anticrese, penhor, caução de títulos), inclusive o direito de domínio. Basta que se pense em registro, no mesmo momento, das partes da sentença, trânsita em julgado, mas errada, em que se adjudicou a A a fazenda D e a B a mesma fazenda, com outro nome; até que se rescinda a sentença, se cabe a rescisão, a situação é a de concorrência de direitos.

É de discutir-se se a eficácia da sentença, proferida na ação de regramento do exercido, só se opera no plano do exercício, ou se concerne ao plano do direito; isto é, se ela atinge o conteúdo e, pois, a dimensão do direito.

Noutros termos: se o direito D e o direito D‟ passam a ser aquele direito D/2 e esse direito D/2, pois que D‟ é o mesmo direito D; ou se o direito D‟ continua D, com o exercício E/2, e D o mesmo direito D, com o exercido E./2. A última solução revelaria certo pudor romanistico de romper com a concepção da absolutidade dos direitos, não atendendo a que os direitos mesmos não são *seres,* fatos primários, do mundo jurídico, mas eficácia, como o exercício. Verdade é, porém, a relação jurídica, que foi determinada pela concorrência, e o regramento, que adveio da relação, não deixarem de existir com a eficácia do contrato, ou com o cessar da eficácia da sentença proferida na ação de regramento, embora outro contrato ou outra sentença possa sobrevir, confirmando ou alterando o que estava, no terreno fático: se o direito de D se extingue, o regramento não fica, em proveito do proprietário, de modo que D somente pudesse exercer E/2; A pode, dai em diante, exercer E/2 +

E/2, portanto todo o direito D, — uma vez que a causa da “contração‟ desapareceu. Observe-se que a continuação do regramento que já está fora do tempo em que seria eficaz o contrato, ou a sentença, é no mundo fático, em virtude do principio que veda invadir-se a esfera de outrem e fazer-se justiça de mão própria.

As invocações práticas do que acima dissemos são assaz importantes; a ação de regramento do exercício tem enorme campo de aplicação em todo o direito, quer público quer privado. O manejo é simples; as dificuldades de articulação, pequenas, porque o autor apenas precisa mostrar a concorrência dos exercícios e os pontos de choque.

§ 604. Concorrência da posse com a propriedade

1.

Posse e propriedade; evolução milenar do problema e da solução. Também entre a posse e a propriedade se deu concorrência de direitos. A história mostra como se pôs, através dos tempos, o problema, e como se ofereceram soluções em diferentes teorias, que traduziam, até certo ponto, o grau de desenvolvimento da economia e da concepção da vida, da política e da técnica jurídica. A proibição do uso da violência, ainda se há razão para o desapossamento, serviu a fundamentar-se a proteção possessória: o possuidor tem a pretensão à

tutela jurídica, porque o direito contempla a posse, posto que a separe do direito à posse. Por isso mesmo que os separa, contra o fato da posse pode vir o direito à posse, e acabar por prevalecer. Nesse sentido, a propriedade émais forte; mas somente é mais forte, porque é direito, e a posse é fato. Enquanto se dá no plano dos fatos, a posse é mais forte; e o direito tutela-a porque seria inconveniente que se permitisse, na vida, a luta pela posse e para a posse. Até se chegar a esses conceitos e a essas atitudes claras do direito foi preciso que milênios se escoassem. No fundo, apenas se foram experimentando soluções ao problema da concorrência das posses e dos movimentos para ter a posse.

2. O art. *505 do Código Civil.* O art. 505 traduz, só por si, o problema, a perplexidade que ele suscita e a solução que se traz, ao ter de prevalecer o direito à posse; o art. 507, depois de levantar o problema

da concorrência das posses, estabelece, ainda no plano dos fatos, graduação às posses.

§ 605. Concorrência de direitos creditórios

1.

Princípio da igualdade dos créditos e princípio da relevância jurídica da concorrência dos créditos. No plano só do direito material, portanto *antes* de se ir a juízo, há o *princípio da igualdade quanto ao simultâneo e ao não-simultâneo;* portanto, exclusão do principio da prioridade pelo tempo, ou por outro elemento distintivo.

É dai que se tem de partir. Qualquer credor pode, abstraindo dos outros, cobrar o seu crédito, ou pedir a condenação, a cominação, ou a execução, que caiba. Se o devedor paga a algum deles, quando o seu estado patrimonial, pagando ele a esse, ou a esse e a outros créditos, suporta o adimplemento, ou se o Estado forçadamente executa o devedor, em tais circunstâncias, tudo se passa como se só um crédito, ou alguns créditos existissem. Mas aquele mesmo *fato de concorrência,* de que se falou a respeito de direitos reais, ou de posses, pode acontecer quanto a créditos. O sistema jurídico não poderia ser indiferente a isso. Se o patrimônio do devedor é *insuficiente* para a satisfação de todos os credores, ou, ainda mais, se é tal o estado, ou a diminuição dele, que pode comprometer ou tornar duvidosa a satisaçâo (art. 1.092, alínea 2º), o fato e, pois, o problema da concorrência aparecem. Tem esse fato de entrar no mundo jurídico, como entraram o fato da concorrência de posses e o fato da concorrência de direitos reais (problema de técnica da regra juridita que, recaindo — isto é, incidindo sobre tal fato — lhe dê tal entrada). Ao direito material cabe falar primeiro. Após enunciar o princípio da igualdade do simultâneo, a circunstância da concorrência força-o a exceções a ele. E de notar-se que o registro (publicidade registrária), empregado pelo direito material para prioridade pelo tempo, deixa de ter o papel que se lhe atribui em direito das coisas: o registro da dívida (de direito das obrigações) somente estende a eficácia a terceiro ou reforça prova; de modo nenhum escalona direitos. Os *privilégios creditârios,* nos quais se concretizam regras de exceção ao *princípio da igualdade quanto ao simultâneo e ao não-simultâneo,* supõem prioridade fundada na *causa jurídica.* Naturalmente, vêm em primeiro lugar os direitos reais, segundo as suas prioridades próprias, entre si,

e, *a fortiori,* em relação aos outros créditos. Em segundo lugar, os créditos privilegiados, sem *realidade* da pretensão. No Código Civil, põe-se o *princípio da relevância jurídica do fato da concorrência de créditos* (art. 1.554); depois, qualifica-se a esse fato jurídico como producente da *par condicio creditorum* (art. 1.556), dizendo-se, logo depois, que o princípio da igualdade do simultâneo e do não-simultâneo sofre exceções ("Não havendo título legal à preferência). Esse título legal é o direito real ou o privilégio (art. 1.557). Os arts. 1.558-1.571 cogitam exatamente dos créditos privilegiados e das relações entre eles, dos direitos reais e dos outros créditos.

2. *Concorrência de promessas.* Se o credor prometeu a mesma coisa a duas ou mais pessoas, e só a uma pode prestá-la, como se prometeu a casa B da rua A, não basta tal impossibilidade, ou mesmo a extrema dificultação, para se compor a figura da concorrência de direitos ou pretensões. O credor que primeiro obteve a promessa pode ser preterido pelo credor posterior, inclusive o mais recente: ou porque a esse haja preferido solver o promitente, ou porque foi esse, antes dos outros, a juízo, exercendo a pretensão à tutela jurídica e conseguindo, após a condenação, ou simultaneamente com ela, se cabe, a execução forçada. Nem o devedor, nem o Estado quer prioridade dos créditos *(e.g.,* por eficácia de registro público). Nem há, sequer, dever moral, por parte do credor, que possa ter relevância para o direito *(e.g.,* art. 970, *in fine).* O credor, que só tarde cobra, extrajudicial, ou judicialmente, não mais pode obter o que outrem já obteve; e o ato ilícito relativo do credor só lhe dá as perdas e danos pela não-satisfação com a coisa prometida. Uma vez que, *ex hypothesi,* não há estado de insolvência que estabeleça a concorrência de pretensões, — nem se pode pensar em fraude contra credores (arts.

106-113), nem em caução do art. 1.092, alínea 2º. Pode o credor preferir a resolução do contrato (art. 1.092,

parágrafo único), ou a execução pela reparação do dano (art. 1.056). Passa-se o mesmo com o devedor que prometeu, a duas ou mais pessoas, prestação de serviços que somente pode prestar a uma.

(a) A respeito de pré-contratos de vendas de lotes, o *registro* (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art.

167, 1, 20)) ou *a averbação* (Lei nº 6.015, art. 167, II, 3)) estabelecem eficácia de prelação em relação a outros pré-contraentes, pré-compradores dos mesmos lotes (Decreto-Lei nº 58, 10 de dezembro de 1937, art. 52, Lei nº

6.766, de 19 de dezembro de 1979, art. 25, in *fine;* nosso *Tratado de Direito Predial,* III, 52-60, 130-152, 171

s.). O direito real é, aí, inconstruível, a despeito da eficácia quase de direito das coisas do pré-contrato (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III, 575: "eine quasidingliche Kraft"). A ordem dos registros e das averbações, e não a das datas dos créditos, é que importa.

(b) Se o credor obtém arresto, penhora, ou outra medida constritiva, que importe em proibição (relativa) de alienar, toda alienação, que ocorrer, é ineficaz; por conseguinte, tudo se passa como se tal medida fosse registro ou a averbação. Sob o direito anterior, a inscrição (Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, ads. 178, *a),* VI, e 234, in *fine)* tinha a eficácia de impedir a transcrição. A Lei nº 6.015, art. 167, 1, 5), a exemplo do que ocoma com o Decreto nº 4.857, art. 178, a), VI, submete ao registro (anteriormente, inscrição) as penhoras, arrestos e seqUestros de imóveis. Tais atos processuais tornam, de si sós, *ineficazes* quaisquer alienações ou gravames dos imóveis, sem necessidade de qualquer ato de registro. E a publicidade própria da medida constritiva; e a certidão negativa do registro de imóveis, quanto a tais medidas, de modo nenhum isenta os adquirentes da eficácia delas. O registro apenas vem dificultar — *a priori,* impedir — que o oficial do registro registre a transferência a alguém, sem cancelamento prévio daquele, e ex:luir a alegabilidade da antedata.

(c) O *registro* do contrato de locação de prédio, no qual se haja consignado a cláusula de vigência no caso de alienação do prédio (Código Civil, art. 1.197; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 3)), estabelece, a favor do locatário, que sejam *ineficazes* os contratos que o adquirente faça; tal como se passa na espécie *a).*

3.

Insolvência e concorrência de créditos; princípio da preven cdo. A concorrência dos direitos creditórios dá-se antes da execução forçada, isto é, antes de se sair do plano do direito material, quando o patrimônio do devedor é insuficiente para satisfazer a todos os

créditos (estado de insolvência): os deveres do devedor entram, em dado momento, pelas circunstâncias objetivas, em concorrência, e ele mesmo se põe, conhecendo a insolvência, em estado psicológico de perplexidade. E possível que vá, aos poucos, solvendo as dívidas, até que o estado de insolvência desapareça. Durante ele, o credor pago está incólume a ataques dos outros credores, salvo — se, a título gratuito ou abstrato (art. 106), ou se, a titulo oneroso, era notória a insolvência, ou se havia motivo para a conhecer o contraente (art. 106), — em ação anulatória por fraude contra credores (arts. 106-113). Em relação ao devedor, não: pode qualquer credor, se sobrevém diminuição no patrimônio do devedor, a ponto de poder comprometer, ou tornar duvidosa a prestação, pela qual se obrigou, recusar-se à contraprestação, até que o devedor satisfaça a sua prestação, ou dê garantia bastante de satisfazê-la (art. 1.092). As cauções dadas vão estabelecendo graus dos créditos, mas isso em virtude delas.

Não prestando o devedor a algum dos credores, pode sobrevir a medida de segurança ou de execução forçada, *prevenindo* o credor a sua situação, ou pela medida de segurança, ou pela penhora *(princípio da prevenção;* isto é, da prevenção no exigir a prestação, E. Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes l-Iandeln, *Archiu fíir die civilistische Praxis,* 98, 402). Ainda não se deu, ou ainda não foi alegado o fato da concorrência; de modo que tudo pode consumar-se, sem que se dê, ou se alegue. Dando-se e sendo alegado, a massa concursal vai suportar a responsabilidade, segundo outros princípios: o princípio da prevenção cede ao *princípio da igualdade quanto ao simultâneo e ao não-simultâneo,* que é o mais geral, e ao *princípio da graduação pelos privilégios.* As medidas executivas deixam de ser de cada uma de per si; o concurso estabelece a *par condicio creditorum,* feitas exceções pelo direito material relativo a privilégios.

4.

Desaparição de direitos de crédito em caso de concorrência. Alguns créditos, em vez de sofrerem a sorte comum, ou tomarem a graduação privilegiada, desaparecem. O fato nada tem com a eficácia do fato da concorrência; é no suporte fático que se passa; *e.g.,* o devedor de alimentos, arts. 396-405, que cai em insolvência, não é pelo fato da concorrência de créditos que os deixa de prestar; *antes, mesmo, dela,* já se tornou *insuficiente* (art. 400) ou *deficiente* (art. 1.175, por exemplo) o suporte fático para o fato jurídico, de que é efeito a obrigação

alimentar, ou de doação, uma vez que só é suficiente ou exclui nulidade enquanto quem os presta os pode prestar “sem desfalque do necessário ao seu sustento” (art. 399), ou sem reserva disso (art.

1.175).

a) Se há dois ou mais parentes necessitados de alimentos, dentro do mesmo grau de parentesco, e o obrigado não pode prestar a todos, há de prestar ao que *mais* precise. Não se dá a concorrência, com a *par condicio creditorum.* E no suporte fático que se passa a pretendida concorrência: a obrigação de alimentos não existe, porque falta para os menos necessitados o elemento fático da aptidão do alimentante do mais ou dos mais necessitados a prestar àqueles parentes. Não há escalonamento de direitos ou de deveres; há ordem de nascimento de direitos, deveres, pretensões e obrigações, devido à ordem mesma dos suportes fáticos. As circunstâncias podem, contudo, compor situações, em que o devedor de alimentos, se não há outro parente que tenha de prestar ao menos necessitado, ou aos menos necessitados, tenha de reduzir o que prestaria ao mais necessitado para atender ao menos necessitado. Aqui, há *concorrência.*

b) A doação de prestações periódicas é suscetível de reduzir-se, ou de desaparecer, com a superveniência de importar em desfalque o que o doador prestar (arts. 1.175 e 1.176). No direito brasileiro, não há a exceção de *inaptidão,* a exceção do *beneficium competentiae,* que o devedor, em direito comum, tinha contra o credor, em caso de promessa de doações e outros. A redução da prestação (= deduzida a competência) a que se procede por acordo ou em juízo (ação de modificação), e a extinção não são consequências de *exceção* (encobrimento de eficácia); são consequências de modificação ou extinção de elemento do suporte fático. Passam-se, portanto, no mundo fático, repercutindo no mundo jurídico, ou no *plano da validade* (art. 1.175), ou no *plano da existência* (art. 400), e não no *plano da eficácia.* A construção como exceção dilatória, que desaparece se o alimentante melhora de situação patrimonial, é falsa; o donatário pode reproduzir a demanda, no caso de prestações periódicas, porque só se modificou, ou se extinguiu, o que estava correndo no momento do declínio ou da completa inaptidão patrimonial. A sequência de prestações periódicas, a vencerem-se, vai sendo atingida conforme a correspondência, no tempo, entre a prestação que teria de ser feita e a

diminuição ou completa inaptidão patrimonial. Devemos, pois, rechaçar a doutrina corrente, mas errônea, de R Oedmann *(Recht der Schuldverháltnisse,* 515), 1(. Kober LI. *v. .Staudingers Kommentar,* II, *1,* 808), G. Planck *(Kommentar,* II, 3º

ed., 430) e L. Enneccerus *(Lehrbuch,* II, 3Iã-35º ed., 409); bem como a de K. l-lellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 317) e P. Langheineken *(Anspruch ãind Em rede,* 275), que entendem peremptória a exceção. A regra jurídica do art. 1.175 não gera *exceção;* gera *inutilidade:* a doação (ou a promessa de doação) é *nula* se atinge o que é indispensável à subsistência do doador (Não se confunda com o *beneficium competentiae* de direito público, *Comentários* ao *Código de Processo Civil de 1939,* VI, 216-222.) Não se precisa lançar mão da categoria da exceção peremptória, para se explicar que o donatário pode reproduzir a demanda, se antes se julgou favoravelmente ao doador o *beneficium competentiae.* Tudo se passa no plano da validade, e não no da eficácia *(aliter,* os *beneficia competentiae* do Código de Processo Civil, art. 649,11, IV e VII).

Se há dois ou mais donatários, um anterior ao outro, ou outros, cumpre-se, reduzida, ou não, a doação do mais antigo; se dois ou mais, mais antigos, são do mesmo momento, as soluções de técnica legislativa são três: ou *a)* se reduzem, proporcionalmente, todas as do mesmo momento (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 410, nota 7); ou *b)* se atende ao que *preveniu,* pela propositura da ação (H. Dernburg, *Das Bfirgerliches Recht,* II, *2, 4º* ed., 167); ou *c)* se deixa ao devedor a escolha (P. Oertmann, *Recta der Schuldverhàltnisse,* 516; O. Planck, *Kommentar,* II, 4ª ed., 430; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 855). A gratuidade do negócio jurídico não justificaria, de si só, que se desse ao devedor escolher; doara ele, antes, — e nenhuma distinção fizera. A prevenção atua, se e enquanto o estado de deficiência dos suportes fáticos não étrazido à balha. Se o doador alega a deficiência dos suportes fáticos, a nulidade (art. 1.175) concerne, parcialmente, a todos os donatários. Portanto, a solução *a),* que é a da redução, vem em primeiro plano.

5.

Precedência lógica de suportes fáticos. É da máxima importância atender-se a que, *ainda* abstraindo-se dos privilégios, há, não gradação, mas precedência lógica de suportes fáticos entre dívidas comuns, dívidas alimentares e dividas de negócios gratuitos: primeiro,

o devedor cumpre aquelas; depois, as segundas, porque elas são dependentes do que resta, deduzido, ainda, o necessário ao sustento; finalmente, as últimas. Não se deve falar de direito do devedor a essa ordem, nem, tampouco, dos credores, nem de privilégios. Trata-se apenas de *prius* lógico de cada espécie àespécie seguinte. Se prestou por erro ao donatário, ou a quem prometeu doar, sem ser o caso, nulamente se obrigara, e há repetição do injustificado (arts. 964-971). Quanto aos alimentos, discute-se se podem ser repetidos pelo *indebitum* e se podem ser considerados em fraude de credores, uma vez que o alimentante não os podia prestar e, pois, doou (art. 106). A questão restringese ao caso do alimentado *a)* que *teria* direito, se o alimentante não estivesse desprovido de sustento para si mesmo, ou *b)* em estado de insolvência, ou *c)* que, prestando, não caísse em estado de insolvência. Excluem-se, pois, aqueles em que o alimentante se pôs em estado de insolvência, *depois;* e o em que o alimentante somente *depois* ficou sem sustento. No caso *a),* o alimentante não pode repetir, em virtude de velho princípio do direito brasileiro

557

(Alvaro Valasco, *Decisionum Consultationum,* 1, 3; Meio Freire, *Institutiones,* II, 143), se o alimentário *precisava* dos alimentos. No caso *b),* os credores foram fraudados; e a falta de causa mostra o injustificado pagamento, portanto a gratuidade. Naturalmente, na execução, virá o alimentado com o *beneficium com petentiae,* segundo o direito processual *(Comentários,* VI, 218 s.).

O credor de pensão alimentar é protegido contra as promessas de doar do alimentante; *á* credor, como os outros.

E pode ir contra as doações, segundo o art. 106.

Entre os credores solidários, rege o *princípio da prevenção* (art. 898): enquanto algum dos credores não demanda o devedor comum, pode esse pagar a qualquer deles (art. 899); o credor, que fez remissão da dívida, ou recebeu o pagamento, responde aos outros pelas partes que lhes caibam (art. 903). Todavia, em se tratando de promessa de recompensa, rege o principio da *igualdade quanto ao simultâneo* (art. 1.515, § 1v); se indivisivel a recompensa, o sorteio decide (art. 1.515, § 2º). Nas obrigações genéricas, que devam ser cumpridas com parte de determinada provisão, se essa sofre redução, de que não é responsável o devedor, a satisfação há ser proporcional com o que resta da provisão (Oito Schreiber, Unmoglichkeit der Leistung,

Leipziger Zeitschrift, VIII, 167-170: Heuer, Unmóglichkeit der Leistung, *Leipziger Zeitschrift,* VIII, 370-373; P. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszustãndigkeit, *Jherings Jahrbticher,* 66, 202; A. Ehrenzweig-L.

Pfaff, *Sys tem,* II, 1,3ª ed., 325), salvo se essa regra jurídica fora afastada a respeito de todas *(e.g.,* só serviria *toda* a prestação, caso em que se segue o convencionado, ou se convocam todos para a solução). Se somente fora afastada para alguma ou algumas, a regra jurídica incide sobre as demais.

Capítulo VIII

Dever Jurídico

§ 606. Regra jurídica e dever

1.

Lado passivo da relação jurídica. A regra jurídica, com a especificidade do processo social de adaptação, de que é meio, dirige-se às pessoas, fixando-lhes *posições* em relações jurídicas. inclusive, quando diz que

"Todos os homens são pessoas", fixa posição ativa para cada uma delas, presentes e futuras, perante todas, menos ela. Ela é pessoa; as outras têm o dever de a tratar como pessoa. Se A, para a regra jurídica, deve entregar a B alguma coisa, deve-a; B tem o direito a ela. Se A não cumpre o que deve, o Estado tem posição passiva diante de B: a que deriva da sua função de tutela jurídica do direito, razáo para que possa B exercer contra ele a pretensão à tutela jurídica e postular o seu castas. O dever é *posterius;* o que importa é o direito, *prius:* dai poder terceiro entregar a coisa devida. Outras vezes, o dever é *prius;* o direito, *posterius:* e o que se passa com os deveres paternais. O dever jurídico é o correlativo de todo direito. Se não é o caso de dever de determinada pessoa, dá-se dever de todas as pessoas de não desatender ao direito. O titular do direito tem sempre, diante de si, alguém, desde que a correlatividade é ineliminável. Quando J. Binder *(Rechtsnormen und Rechtspflicht,* passim) negou que existissem deveres jurídicos, porque o direito *só* se dirige aos tribunais e a órgãos executivos, confundiu a *direção do direito* e a *direção da pretensão à*

tutela jurídica.

2.

Correlação entre direito e dever. O dever jurídico é o correlato do direito: ao *pIus,* que é o direito, corresponde o *mintas* do dever. Há de haver relação jurídica básica, ou relação jurídica interna á eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever. *Quem* está no lado ativo da relação juridica é o sujeito do direito; *quem* está no lado passivo, é o que deve, o devedor (em sentido amplo). A atividade (=

qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever. Por isso mesmo, não há direitos contra si mesmo, na direção de si mesmo; nem deveres perante si mesmo, na direção de si mesmo. (Quando se fala, por exemplo, em "culpa da vítima", não se está no plano dos direitos e deveres; e sim no plano dos fatos, que hão de compor suportes fáticos.) As relações jurídicas não contêm, ou não produzem, só direitos de A para B; podem contê-los, ou produzi-los, de A para B e de B para A; de modo que as relações jurídicas básicas são, por vezes, envoltórios ou focos de direitos e de deveres para cada sujeito. Os patrimônios atenuam isso (§§ 595-601).

Mas a correlação dos direitos e deveres não significa que o direito e o dever sejam o mesmo, *vistos* de dois lados diferentes. Se isso ocorre, por exemplo, na venda e compra, não é o que se passa na propriedade: o direito aparece *mais* do que o dever, porque o seu correlato se dilata, minguando, pulverizando-se, em dever das outras

pessoas. Quando os legisladores e juristas definem o direito de propriedade como o direito *exclusivo* em relação às outras pessoas, aludem a essa direção irradiante: à afirmação, a favor de A, corresponde negação (dita proibições) a B, C, D etc. A correlação existe; a diferença é devida à pluralidade de sujeitos passivos. E o *princípio da correlatividade dos direitos e deveres.*

3.

Se há exceção ao princípio rnetajurídico da correlatividade. Surgem aqui

as questões de poder haver, ou não, deveres, *sem direitos* correlatos, e direitos, *sem deveres correlatos.* No direito brasileiro, as espécies que logo nos lembram são as dos arts. 1.668, 1, e 1.669 (disposição testamentária a favor de pessoa incerta mas determinável; disposição testamentária a favor dos pobres); mas seria erro pensar-se, aí, em dever sem direito correlato: apenas se protraiu a determinação do sujeito ativo, deixando-se a terceiro; ou se adotou regra interpretativa, que é a do art. 1.669 (nosso *Tratado dos Testamentos,* III, 303). No direito alemão, o § 1.940 do Código Civil cogitou do *modus;* no direito brasileiro, o art. 1.664. Seria, diz-se, o dever sem direito, que lhe correspondesse (E Endemann, *Lehrbuch,* III, 8º e 9º ed., 726); pelo menos, às vezes (cp. *Tratado* dos *Testamentos,* lii, 113 e 121 s.). No fundo, essa restrição da vantagem, que a disposição criou ao herdeiro, ou ao legatário, é ônus, que aproveita a outrem. Mero dever que *abate* na deixa testamentária. O direito está com al-guém; o que esse alguém não tem é pretensão e ação. Quase sempre a ação já está com outrem.

Aqui, também deveria surgir o problema das obrigações naturais. Em verdade, porém, tem-se entendido (pois desde os juristas romanos tantas figuras heterogêneas e dispares sob esse nome se misturaram) que não há superposição coincidente entre o conceito de obrigação natural no Código Civil (art. 970) e o conceito romano.

Não pode haver obrigação natural nos jogos proibidos ou nas apostas proibidas; e há direito mutilado, nos jogos ou nas apostas não proibidos e não regulados em lei especial. Mais de espaço havemos de tratar do assunto.

Quanto aos deveres dos funcionários públicos para com as pessoas que com eles tratam, não é verdade que não haja direitos dessas: o Estado é o sujeito ativo na relação juridica em que estão os deveres dos funcionários públicos; os direitos, que podem ter as pessoas que tratam com os funcionários públicos, existem em virtude de outras regras jurídicas, ou, sem elas, não existem. Tanto é outra a regra jurídica que, se há violação de interesse privado, devido à infração de dever do funcionário público, o crédito àreparação é de direito privado. No mais, o direito brasileiro tem o funcionário público como órgão.

O Estado tem interesse em que o direito objetivo seja atendido, tal qual é, e para isso estabelece exames de *quaestiones* itaris. Tendo monopolizado a aplicação das regras jurídicas, cabe-lhe decidir os

pleitos em que se aleguem direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções. Há, porém, outras consequências do não-cumprimento dos deveres e obrigações, como a reparação do dano, a caducidade de direitos, a exigência de formalidades e outras mais. Tanto a aplicação da regra jurídica pela justiça não é essencial ao dever (= há deveres que não expõem à execução, ou à condenação), que existem deveres a que não corresponde, do outro lado, a ação para que se cumpram, e deveres que podem ser objeto de pretensão à declaração e não de pretensão executiva *(e.g.,* o dever de convivência conjugal). Ainda ai, se atendemos a que esses deveres só são suscetíveis de serem discutidos em ação declaratória, positiva ou negativa, vemos bem que a *aplicação* da regra jurídica pela justiça não é essencial àconcepção dos deveres. A coercibilidade é *plus;* já pertence ao plano das ações e da tutela jurídica; e há pretensões inacionáveis. Por vezes, o sistema jurídico satisfaz-se com a incidência de outra regra jurídica para reafirmar o dever O caso da mora e o da impossibilidade de cumprir dão exemplos. Até que esse ou aquele se dê, o credor está, de ordinário, sem via para impedir que ocorra mora, ou impossibilidade de cumprimento; salvo se há regra jurídica especial, pela aparição de outro suporte fático *(e .g.,* Código Civil, art. 1.092, 2º alínea; Código de Processo Civil, art. 798). A *negligência* do devedor entra como degrau entre o não-cumprir regularmente o dever e o ingresso em juízo. Não há, antes, ato do credor. Também o chefe da sociedade conjugal administra os bens comuns e, se é o caso, os particulares da mulher (art. 233, II), empregando os capitais com prudência, sem que haja meio de o obrigar a isso, se não cumpre o seu dever; salvo em casos especiais (art. 248, 11-1V, VI, 263, 269 e 289), não há medidas de segurança. No caso do dever do chefe da sociedade conjugal, há direito do outro cônjuge, há dever do chefe da sociedade conjugal: falta a pretensão; e falta a ação. Por onde se vê que é ao direito que corresponde dever; e não à pretensão.

Caberia, em relação a essa, a obrigação, no sentido estrito.

4.

"Dever moral", "obrigação natural". Nem todos os deveres morais têm efeito jurídico; a obrigação natural, a que as leis aludem, são deveres a que falta ou está encoberta, em sua eficácia, a pretensão, mas a que o sistema jurídico atribui efeitos jurídicos, ainda que um só. Para que o dever moral tenha efeito jurídico, épreciso que seja dever jurídico, isto é, que ele mesmo seja efeito jurídico, ou que entre, como dever moral e somente como tal, no suporte fático de alguma regra juridica, de

modo que não seja efeito (dever jurídico), mas

fato do mundo moral que serviu àcomposição de suporte fático que entrou no mundo jurídico.

Quando, no art. 970, se diz que não se pode repetir o que se pagou para cumprir obrigação natural, em verdade se estatui: se houve prestação e se havia dever moral a que essa prestação correspondesse, o fato jurídico da solução + a existência de dever moral, a que ela correspondeu, perfazem o suporte fático da regra jurídica do art. 970, que pré-exclui a repetibilidade. O dever moral não passou a ser dever jurídico, de jeito a apagar-se a distinção entre o jurídico e o ético. Não se trata de efeito imediato da *naturalis obligatio,* o que a tornaria, contraditoriamente, *civilis obliga tio.* Trata-se de incidência de regra jurídica que pré-elimina a repetibilidade.

No art. 1.187, III, também se pré-exclui a revogabilidade das doações, por ingratidão, se foram em cumprimento de obrigação natural. Também aqui não se tornou jurídico o dever moral, arrebentando-se os diques entre o direito e a moral; apenas se admitiu que em algumas doações o motivo seja relevante e, se esse motivo é cumprimento de obrigação natural (= dever moral), sejam irrevogáveis. Não se fez dever juridico o dever moral; somente se admitiu que entre na composição de suporte fático de regra jurídica sobre irrevogabilidade das doações.

Dizer-se que o dever jurídico ou a obrigação natural é dever jurídico em parte, ou que é dever reconhecido juridicamente pela metade (Fr. Endemann, *Einftihrung,* 1, 6º ed., 419), ou conceber-se a entrada do dever moral no mundo juridico como por espécie de furo no navio por onde a água penetra, é pôr em contradição consigo mesmo o sistema jurídico: o jurídico é, ou não é; não pode ser e não ser.

Discute-se se, havendo concurso de credores, ou falência, ou concordata, o que se deixa dc receber continua devido e por ele obrigado, *naturaliter,* o devedor (H. Dernburg, *Pandekten,* II, 7º cd., 15; contra, H. Burckhard, Zum Begriff der Schenkung, *Festgabe fOr* E. 1. Bekker, 133, que tem a solução, aí, como doação). O sistema jurídico brasileiro distingue o concurso civil e o concurso comercial. Num e noutro, de regra, ficam direito e obrigação, obrigação *jurídica,* e não

apenas *natural;* tanto que a prescrição recomeça de correr no dia em que trLnsita em julgado a sentença de encerramento da falência (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art.

134). No direito comercial, há extinção do dever (e não só da obrigação, em sentido próprio) do falido se o rateio deu mais de quarenta por cento, depois de realizado todo o ativo, ou se foi feito o depósito da quantia necessária para se atingir tal percentagem (Decreto-Lei nº 7.661, art. 135,11), ou se decorreram cinco anos, contados do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio-gerente da sociedade falida, não foi condenado por crime falencial (Decreto-Lei nº 7.661, art. 135, III), ou dez anos, se o falido, ou sócio-gerente da sociedade falida foi condenado por crime falencial (Decreto-Lei nº 7.661, art. 135,1V). O falido ou sócio solidário da sociedade falida pode pedir a declaração da prescrição ou da extinção da divida, observados os arts. 136-138 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. (As regras jurídicas do Decreto-Lei nº 7.661, arts. 135, 11-1V, 136-138, não incidem em caso de concurso de credores não-falencial.) Tratando-se de concordata, a sentença, que a julga cumprida, declara extinta a responsabilidade do devedor; isto é, o cumprimento da concordata extingue as dividas, e a sentença, quanto a esse ponto, tem força de coisa julgada material, por ser declarativa (DecretoLei nº 7.661, *art.* 155, § 49.

Segundo se mostrou, não há pensar-se em obrigação natural, ou em dever moral, tratando-se de concurso de credores, ou de falência, ou de concordata: ou há dever jurídico, obrigação jurídica, que ficam, ou se dá a extinção do dever jurídico e, pois, da obrigação jurídica.

5. *Definição de dever moral.* Podemos definir dever moral, quando as leis se referem a ele, ou à obrigação natural, como o elemento do dever moral que o sistema jurídico admitiu no suporte fático de alguma regra jurídica sobre eficácia.

§ 607. Conteúdo dos deveres

1. *Ato devido.* Cada dever tem o seu conteúdo. O conteúdo dos deveres consiste em ato ou omissão do devedor, ou, nos casos de

responsabilidade objetiva, reparação pelo fato anterior ao qual se haja exposto o devedor. O

ato ou é pessoal (prestação de serviços, abstenções), ou pessoal-patrimonial (prestação de coisa, ou de dinheiro). Ali, há limites concernentes às *possibilidades* do que deve e dentro dos quais seria de exigir-se a prestação (perigo para a vida, esforço excessivo, perigo para a família etc.); aqui salvo regra jurídica especial, não há limites, e não se pode invocar ausência de culpa, de modo que, ainda quando não possa pagar a dívida, o devedor continua de dever e está obrigado.

557

A prestação pode ser positiva *(facere)* ou negativa *(non facere);* e dessa diferença surge a neces§dade de regras jurídicas especiais, que atendam à natureza das prestações. O abster-se exige que se leve em conta que a inatividade é não-ser, em relação ao ato que é ser, sem que a negativa do ato seja a inação (a negativa do ato A é o ato — A). A prestação pode ser única, ou de um só jato ou momento, trata-se de prestação positiva ou de prestação negativa; e pode ser reiterada ou repetida, especialmente periádica; ou contínua. A prestação contínua ou permanente pode ser negativa, ou positiva (nega-o, sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 105); e tais são a do que é dono do prédio serviente, a do locador de imóvel ou de móvel, a do depositário e a do administrador de bens. Procurou-se sustentar que o *tolerar* não cabe no *omitir* e que não há dever de tolerar.

Porém quem há de tolerar deve omitir protesto ou impedimento, há de carregar a carga, suportá-la, conduzi-la (o étimo é *tulo,,* do latim velho): a submissão ativa fez-se negativa, abstenção. Em verdade, há o tolerar que éo outro lado do direito, portanto o dever; e o tolerar que conservou a positividade rofrente, que estava no étimo, como se alguém promete deixar que outrem dê festa no seu salão: o conteúdo é positivo, porque há de abrir e entregar o salão. Se o vento leva o chapéu de A, e esse cai no jardim fechado do vizinho, não pode A pular o muro; mas B tem o dever de permitir que o busque, ou de lho entregar: se o permitir, tem de tolerá-lo, até que A o busque e saia do jardim (continuidade abstenciva). A insistência em se negar o dever de tolerância resulta, quase sempre, do propósito de não se ver o sujeito passivo total de certos direitos. Por exemplo: afirma-se que não há dever de tolerância (assim, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 105) no

ter alguém de não turbar os direitos do proprietário. Certamente; porém isso não significa que não haja dever de abstenção. O

dever de tolerar é espécie de dever de abstenção, e existe, entre outros casos, onde as leis de direito público falam de entrada nas casas para fins de saúde pública: o proprietário não perde elementos do seu direito, mas tem de pôr às costas *(tolerareI)* o fardo dessa imposição legal. O dono do terreno que a alguém permite, em contrato, tirar pedras, de que precisa, tem de tolerar que as tire: se não no permite, viola dever de tolerância. Se o outro é locatário desse terreno e o direito de tirar as pedras está incluído no contrato de locação, por ser para obras no terreno, a relação juxídica não gera dever de tolerância. Porém gera-o, se o contrato é separado, porque o locador poderia opor-se à retirada, como possuidor mediato (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1,106, nota 45, que também não na tem no caso do § 912 do Código Civil alemão, sobre edificação que vai ao terreno do vizinho: há dever de tolerância; Martin Wolff, *Der Bau auf fremdem Boden,* 132 s., que pensava em servidão predial, com a acolhida de Schmidt-Rimpler, *Eingen tQmerdienstbarkeit,* 180, mudou de opinião, no *Lehrbuch,* III, 8º ed., 160 s.).

2.

Dever de tolerar a execução forçada. O dever de tolerar a execução forçada, de que fala o Código Civil alemão, esse não existe em direito privado. Os §§ 737, 739, 743 e 748 da Ordenação processual alemã e § 2.213

do Código Civil alemão não permitem pensar-se em dever de tolerar a execução; nem se há de pensar em dever de tolerar a execução, em direito processual: no direito brasileiro, há *fraus execution* is, ou não há; no direito alemão, todos aqueles casos a que se referem os parágrafos citados são casos de *ineficácia* (cf. nossos *Comentários ao Código de Processo Civil de 1 939,* VI, 88). A repercussão do erro de terminologia da lei na doutrina alemã foi lamentável, posto que tenham reagido juristas de prol.

3. *Dever e obrigação.* Dever corresponde a direito; obrigação, a pretensão. Todos têm o dever de atendimento dos direitos de personalidade e de propriedade. Dai falar-se em responsabilidade civil quando se trata de dano.

Há dever, que foi violado; e os juristas mal se dão conta de que o ato é ilícito porque houve violação de algum dever, que não se origina da regra jurídica, logicamente posterior, sobre responsabilidade pelo ato ilícito. Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e pois, do outro lado, sem obrigação.

Não, porém, obrigações sem dever (a isso levariam certos raciocínios de H. lsay, *Die OeschâftsfiJhrung,* 193 e 255, quanto ao fiador e ao mandatário exorbitante). Nada têm o dever e a obrigação, o direito e a pretensão com o ter de sofrer a execução forçada, porque essa é deferimento ao pedido feito ao Estado, com ou após o exercício da pretensão à tutela jurídica.

4.

Afastamento de elementos do patrimônio. A lei pode permitir isolarem-se do patrimônio certos bens; e tem-se recorrido, para isso, a expressões como "responsabilidade limitada". Aqui, apenas temos de ver se esse destacamento de porção atinge o dever e a obrigação; ou se, em vez disso, os deixam ilesos. Do outro aspecto já se tratou ao falar-se de patrimônio. Diz o art. 399 do Código Civil: "São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e o de quem se reclamam pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento." E o art. 401: "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravaçao do encargo. Não se poderia

pensar em limitação da execução (responsabilidade limitada); sim, da obrigação e, em verdade, do dever: primeiro, porque são atingidos; segundo, porque se vai, na execução, a todo o patrimônio. Foi erro de H. Siber *(Der Rectaszwang,* 195 s.) tentar considerar toda limitação da responsabilidade como limitação do dever e da obrigação (O. Geib, Die Pfândung, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 97, 165; *Rechtsschutzbegehren,* 163 s.).

Dá-se o mesmo a respeito de doação prometida (art. 1.175). Responsabilidade limitada também não há, nas sociedades de responsabilidade limitada, porque, aí, além de se limitarem deveres e

obrigações, se limita, quantitativamente, a responsabilidade bonitária (Lei nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, arts. 1º e 92; Código de Processo Civil, arts. 592, II, e 596). De modo que o sentido de responsabilidade limitada concerne à obrigação, e não à execução (responsabilidade qualitativa). No sentido de responsabilidade qualitativa, não há exemplo, sequer, quanto à sucessão *mortis causa* (Código Civil, art. 1.796).

Há executabilidade do patrimônio alheio, isto é, do patrimônio daquele que não é obrigado, nem deve. E o caso do que dá em penhor de divida alheia objeto seu, o de execução de bens alienados ou gravados em fraude de execução, ou de dividas do marido e da mulher segundo o art. 299, § 32 *(verbis* "pelos particulares do marido").

A garantia real estabelece responsabilidade limitada qualitativa, mas, também aí, vem do direito material, embora não atinja o dever ou a obrigação. E a categoria jurídica que discrimina bens ou bem do patrimônio do devedor, ou do garante. Tendo alguém consentido em dar a outrem o poder de dispor da coisa para haver dinheiro, esse poder de disposição suscita casos em que terceiro, adquirente, pode vir contra o bem, e há, então, execução do bem, sem haver dívida do dono dele: está em situação parecida com a de devedor, sem no ser.

Ocorre o mesmo se permite a outrem que empenhe, ou hipoteque o bem. Vindo a execução, não é obrigado a pagar a dívida, posto que possa liberar o bem (remição), se lhe interessa conservá-lo. A obrigação sofrida não é real; tanto que, se paga por erro, pode repetir (sem razão, K. Cosack, *Lehrbuch,* II, 6º ed., 220; E. von Schwind, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts,* 131; com razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 116). Não há responsabilidade real da coisa; há a categoria juridica, recaindo sobre coisa alheia, de modo que o patrimônio alheio garante a divida, com o consentimento do dono.

§ 608. Capacidade de deveres

1. *Capacidade passiva de* direito. Todos os seres humanos são capazes de deveres, porém não de todos os deveres. Os loucos, os surdos-mudos, os ausentes e os menores de dezesseis anos podem ter deveres. Os fatos que neles ocorrem concernem a capacidade civil, e não à

capacidade de direito. Também essas pessoas são sujeitos passivos de direitos, inclusive daqueles direitos que têm sujeitos passivos totais. Por isso mesmo, se o louco intenta invadir-me a casa, posso usar do que me permitem os arts. 502 (atos de defesa ou desforço possessório) e 160,1 (legítima defesa). Se pelo dano, que me causa, não respondem, é porque não têm capacidade para atos ilícitos absolutos, dita capacidade delitual. Respondem os representantes dos incapazes (art. 1.521, 1 e II). Os menores que têm dezesseis anos ou mais são capazes delitualmente (art. 155).

2. *Capacidade civil e deveres.* Sujeitos de direito e de deveres, os absolutamente incapazes não têm capacidade civil, nem política: não podem praticar atos jurídicos negociais, ou paranegociais (atos jurídicos *stricto* sensu): a mora não depende da sua ação, nem as denúncias, intimações, notificações hão de ser feitas por eles, ou dirigidas pessoalmente a eles: assumem deveres, bem como sofrem e aproveitam as consequências e efeitos dos atos do seu representante legal; os deveres de conduta *estão* com esse, porque não as pode ter o que é sujeito ativo ou passivo das relações jurídicas básicas, ou intrajurídicas. O representante obra por eles, que são os sujeitos dos deveres (sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* 1, 119). Separou-se do dever de conduta o exerciclo: o representante não deve fazer o que *tocaria* ao representado, mas, quanto ao que *toca* ao representado, esse, por si, não pode fazer. O incapaz é que é sujeito dos deveres de prestação e dos deveres de conduta, assim como sujeito dos atos de cuja omissão importaria perda de direitos, de pretensões, ou de ações, ou não-aquisição. A incapacidade civil é que faz nascer no representante o poder e dever de exercitar por ele esses atos. O incapaz, e não o tutor, é que é condenado nas ações contra ele, inclusive quanto às sentenças de condenação a emitir declaração de vontade (Código de Processo Civil, art. 641, que é executivo). Deve-se a A.

Thon (Der Normenadressat, *Jherings Jahrbúcher,* 50, 31) as melhores precisões a respeito. Se a sentença condena a praticar ato ou omissão, é ao incapaz que ela condena (Código de Processo Civil, ads. 632-643 e 644); como, porém, o absolutamente incapaz não tem capacidade delitual (e a sentença comina pena), é o tutor que acarreta com as consequências, em caso de transgressão ao que a sentença impôs (J. Kohler, Ungehorsam

und Vollstreckung im Civilprozess, *Archiu fúr die ciuilistische Praxis,* 80, 263 **5.;** J. Weismann, *Lehrbuch,* II, 225; K. Hellwig, *Lehrbuch,* II, 397, notas 68 s.). Quem desobedece é o representante, e não o representado; portanto é aquele quem responde (arg. aos arts. 52, 155 e 1.521). Se a incapacidade é de pessoa que completou dezesseis anos, porém é menor, a pena vai a ele, ou ao representante, conforme a culpa; vai só ao menor, se ele, por si só, podia obedecer.

São deveres do tutor, do curador, ou do titular do pátrio poder, todos aqueles que resultem da *administração dos bens do incapaz;* porque, ai, os atos são seus, e a negligência, sua. O tutor, e não o pupilo, responde (1(.

Unckelmann, *Die Schadenersatzpflicht,* 110): *a)* pelas multas dos impostos ou taxas não pagas, se teve culpa, ainda simples negligência, em não serem pagas, *e.g.,* se podia haver a quantia com algum negócio jurídico, ainda que dependente de autorização do juiz; *b)* se deixou de satisfazer alguma obrigação, de que resultou multa; *c)* se não evitou o dano que da casa, ou terreno do incapaz, proveio ao vizinho ou a outrem; se despediu o locatário da casa, ou o locador de serviços, contra lei, e houve condenação etc.

O que acima se disse quanto ao representante do incapaz também se entende quanto a qualquer administrador de herança ou outro acervo.

O terceiro vai contra o representado.

§ 609. Devercs das pessoas em geral

1. *Dever de não causar dano.* Tem-se descurado o estudo dos deveres das pessoas em geral. Falando-se de reparação do dano, por exemplo, e de outras espécies de responsabilidade, toma-se o suporte fático e a regra jurídica, para se apontar o fato ilícito, *sem se remontar ao passado.* Essa atitude, só no presente, cinde a realidade, e corta, temporalmente, o mundo jurídico, impedindo a visão do que estava antes do que se reputou suporte fático. E édela que deriva o não se haver explorado o campo dos direitos a sujeitos passivos totais *(e.g.,*

direitos de personalidade e direito de propriedade). Quem lesa a propriedade de outrem, infringe dever ligado àquela posição de sujeito passivo que hão de ter todas as pessoas diante do direito de A à casa ou outro bem de A. Se, em vez disso, B lesa a propriedade de A, infringe o dever decorrente da sua posição de sujeito passivo, inserto no sujeito passivo total (= "todas as outras pessoas"), e responde pelo dano. O suporte fático contém essa infração de dever *mais* os outros elementos fáticos; e só o vicio daquele corte no tempo, a que nos referimos, explica que se haja, na caracterização do suporte fático, eliminado, por abstração, o elemento de infração ao dever. Nem se diga que, nas espécies de danos causados por animais ou coisas, o proprietário delas não infringe dever, se a responsabilidade é objetiva. Certamente, não há dever de tomar todas as medidas *possíveis* que evitam o dano; porém isso não basta para se excluir o *dever* anterior, *olterum* non *Iaedere,* que é o conteúdo do dever das pessoas, totalmente, no caso de direitos absolutos, com o de propriedade.

2.

Problema do fundamento da responsabilidade objetiva. Surge aqui, na verdade, o problema do fundamento da responsabilidade objetiva. A responsabilidada objetiva é começo, em si mesma, de juridicização do suporte fático (= não há regra jurídica *antes* da que a estatui) e, pois, não há infração de dever surgido de regra jurídica *prius,* ou é precedida de algum dever, que com o fato se infringe? Noutros termos: ~a infração, nos casos de responsabilidade objetiva, é só de regra jurídica que a estabelece *(e.g.,* art. 1.529), ou é infração de *dever,* a respeito do qual a nova regra jurídica diz "de onde" começa de haver infração? A teoria geral do direito assenta que o direito não adota o *principio da pura causalidade,* no tocante ao *alterum non Iaedere.* Na consciência dos homens foi-se firmando a convicção de que não seria acertado responder alguém pelo que não pode prever e, nos casos de dano, acertado é que os suporte a vítima *(Casum sentit dominus).* Mas, entre a *antítese* da responsabilidade por todo risco e a tese da responsabilidade só pela culpa, no sentido largo, tem-se tentado *síntese.* A solução mais frequente é a da postulação do *princípio da responsabilidade sã pela culpa,* com as exceções a favor de algumas espécies de responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), se há razão especial para isso. Vê-se bem que tal síntese é imperfeita; longo tempo ainda passará, até que se haja chegado a fórmulas gerais, que nos revelem o principio sintético da responsabilidade extracontratual. Seja como for, aquele corte temporal, a que nos referimos, dificulta a posição científica do problema. Ainda que se

tenha de chegar à conclusão de que o dever de indenizar *nada* tem com o dever das pessoas sujeitos passivos totais, é preciso que, na investigação, se examine o que se encontra, no mundo jurídico, como fato sem culpa que obriga à indenização. Tem-se levado em conta, em demasia, o serem tais atos ligados a indústrias ou atividades ilícitas

557

(?). Ora, já aí há confusão, e grave, entre a periculosidade da indústria ou atividade e a ilicitude do fato sem culpa, ocorrido dentro dessa indústria ou atividade. Se se passa a outra espécie, que é a das indenizações por haver interesse público, ou privado, de importância maior, bem à mostra fica que *algo* preexiste ao ato sem culpa, algo a que se tem de atender e por conseguinte se há de reparar o dano. Tanto ali quanto aqui, há esfera jurídica alheia, há direitos, quase sempre, de sujeitos passivos totais a que se causa danp. A infração de quem explora indústria perigosa, se ocorre dano, é do dever de não lesar o direito, em que o explorador de tal indústria é sujeito passivo: responde pelo fato sem culpa, porque a causa está na exploração da indústria; a ofensa é à relação jurídica do direito lesado, e não à relação jurídica da permissão publicística da indústria. Não é o direito privado que permite a indústria perigosa; éo direito público. De modo que a ofensa ao direito privado está à base da respdnsabilidade pelo fato sem culpa, porque é anterior a esse e independente desse; há, antes desse fato sem culpa, o dever de pessoa que está incluída na totalidade das pessoas sujeitos passivos da relação jurídica de que é conteúdo ou efeito o direito lesado. A discussão sobre o fundamento da regra jurídica de reparação pode variar sem que varie o fundamento da outra regra jurídica, que sugeriu a regra jurídica de reparação.

Essa é assunto dos atos ilícitos e fatos ilícitos; aquela, a respeito do *dever*.

3.

Nascimento do dever jurídico. O dever, como o direito, é *efeito* de relação jurídica. Não se precisa de recorrer à alusão àvontade, nem a qualquer outro elemento de ordem psicológica. A regra jurídica, incidindo, faz entrar no mundo jurídico o suporte fático; e a conduta do que deve, do que é obrigado, do que ésujeito passivo da ação ou da exceção, tem de sofrer o que resulta do fato jurídico, exatamente

porque tudo isso se passa no mundo jurídico, *entre personalidades.* As diferenças entre os direitos de personalidade, os direitos reais e os direitos de crédito não eliminam a essencial unidade dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Apenas há diferenças quanto à subjetividade passiva, quanto a deveres auto-suficientes (o de não usar o nome, o de não furtar, o de não trair a pátria, o de não negar os direitos de personalidade) e deveres não-auto-suficientes (o dever do que pediu emprestado, o dever do que alugou a casa). Os deveres não-auto-suficientes cumprem-se, porque os devedores o querem; se não querem cumpri-los, o Estado tem de atender àquele que se apresenta pedindo-lhe a tutela jurídica. Esse pedido é exercício de pretensão à tutela jurídica, —

algo que se presta conforme o resultado que a lei previa e não foi, ao que se diz, obtido. No fundo, o que o Estado realiza é o direito objetivo; o fim da regra jurídica não é domínio de vontades, nem obediências, — é *regular.* Por isso mesmo, não precisa de outra justificação a atividade executiva do Estado, nem há diferença de fundamento entre a atividade executiva do juiz, que satisfaz o pedido de reivindicação, e a atividade executiva do juiz que manda penhorar as coisas do devedor, lhes extrai o valor e o entrega ao credor.

Os deveres não-auto-suficientes podem ser infringidos; e a tutela pelo Estado surge, através das ações de abstenção, de reivindicação e de outras.

4.

Sanções por infração de deveres. A reparação do dano e as sanções penais, caducificantes e as outras estão ao lado da reintegração, como os modos mais adequados à realização do direito objetivo (isto é, à atividade do Estado, para que a aplicação, ou atendimento, seja *igual* à incidência). O Estado não penhora, extrai o valor e executa, porque A deva a B, e sim porque é preciso que a regra jurídica, *que incidiu,* seja atendida ou, se o não foi, seja *aplicada.* Apenas, na espécie, ocorre que o fato jurídico, que da incidência resultou, irradiou dever, obrigação, ação. *a)* Nem sempre é possível o resultado primário (= o resultado que se havia de desejar) *e.g.,* o de entregar a coisa, por já se achar fora das mãos do possuidor-devedor, ou não na ter mais, como dono, o devedor; *b)* nem sempre seria de desejar-se que fosse forçada a execução; *e.g.,* restabelecimento da convivência conjugal; *c)* de regra, o devedor tem de cumprir o que deve. Até lá, o dever já existe de diligenciar para que se possa, em tempo, cumprir o que se deve.

Donde falar-se, à parte do dever de prestar, em *dever de diligência (Diligenzpflicht).* Quando o Código Civil, no art. 1.092, permite a recusa da contraprestação, ou a exigência de garantia, supõe esse dever. Bem assim quando dá por suficiente à denúncia, ou àresolução ou resilição do contrato algum fato (arts. 1.193, 1.226, IIl-V, VI e VII, 1.229,11,1V-VI). Nem sempre o dever de diligência aparece apartado do próprio dever de prestar; está incluído nele, portanto, conceptualmente, dentro dos seus limites: quem tem de prestar há de prestar "pelo modo e no tempo devidos" (art. 1.056); se não houve a diligência do devedor, mas o crédito foi satisfeito como se exigia na espécie, nada pode resultar da negligência; antes de se verificar mora ou impossibilidade, não está apartado, de jeito a operar por si, o dever de diligência, e essa é a razão por que, *na ordinariedade dos casos,* antes da falta, ou da imperfeição da execução, o credor não pode padir medidas cautelares. A cautelaridade das medidas há de ser admitida por *lex specia lis,* —isto é, não existe, sempre, apartado do dever, o dever de diligência. As vezes, a lei permite mais, sem permitir o menos: se locador de serviços corre perigo manifesto de dano ou mal considerável, devido às instalações defeituosas do locatário, pode invocar o art. 1.226, V, porém não pode pedir medidas de segurança ou cautelares; o marido ou a mulher, que chefia a sociedade conjugal, deve ter toda a diligência no administrar os bens comuns e empregar o capital, mas falta como obrigá-lo a isso,

salvo nos termos dos arts. 798, 826-838 e 855-860 *(aliter,* no tocante a bens particulares do outro cônjuge, arts.

233, II, 251, III, 260,11 e III).

5.

Infração de dever e dever originário. O dever de reparar pode resultar de infração de dever, ou ser o dever originário. Tem sido esse um dos pontos mais descurados pela doutrina. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não foi culpado do perigo, tem direito a haver do que praticou o ato em estado de necessidade o prejuízo; esse, sem contrariedade a direito, causou dano (elemento fático), e ressarce. Não é em virtude de violação de dever que ressarce, é em virtude de dever que o art. 1.519 criou. Não se pode, todavia, estender ao dever do art. 877 o mesmo raciocínio (sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,*

1, 99): o dever originário é de prestar; se não presta o que deve, responde o devedor.

Quando a sanção não é a reparação de dano, tem-se procurado afirmar que falta a figura do devedor infringido: há apenas o pressuposto para a aquisição, ou modificação, ou perda de algum direito, ou para o exercício de alguma faculdade, dever de prova etc. (K. Hellwig, *Lehrbuch,* II, 32 s.). Sem razão; não existe o dever de contestar, nem de provar (existe o *onus probandi);* mas, em algumas espécies da sanção não-reparativa, há sanção à infração de dever. O dever de aviso pode existir, isto é, não ser simples aviso para evitar a perda de direito, pretensão, ação, ou exceção (cf. P. Klein, *Anzeigepflicht,* 65 s.). Se a consequência é só a perda, ou modificação, há de pensar-se em simples elemento do suporte fático da perda do direito, pretensão, ação, ou exceção, ou em elemento de extinção de possibilidade de adquiri-lo, — nada se *devia,* antes. Se, com isso, se dá satisfação a interesse de alguém, que tinha direito, pretensão, ação, ou exceção contra o perdente, então há de pensar-se em *dever,* que havia, de se ter a conduta que não se teve. Para que haja dever, há de haver, pelo menos, direito de alguém, ainda que do Estado, a que esse dever corresponda, — não é o mesmo dizer-se que ao direito há de corresponder obrigação de alguém ao titular do direito, ou, *a fortiori,* pretensão desse ou ação.

Convém ainda frisar que o requisito de ter havido culpa do perdente não pode servir de critério para a distinção, posto que seja mais frequente, na infração de dever, o requisito da culpa e raro no pressuposto de perda.

6.

Devedor nos direitos reais limitados. O proprietário da coisa sobre que recai direito real (usufruto, uso, habitação, hipoteca, penhor, anticrese) não é *o* devedor na relação jurídica real. Em verdade, por séculos andou perplexa a doutrina. Via-se ao proprietário como o devedor real, o obrigado real, e ao titular do direito real como credor *dele.* A circunstância de, quase sempre, ser o credor hipotecário ou pignoratício credor e titular do direito real concorria, enorme e, digamos até, monstruosamente, para a confusão. Ora, as expressões "credor hipotecário", credor pignoraticio" são expressões elípticas: usam-se em vez de "credor com garantia hipotecária", ou "credor com garantia pignoraticia" (= credor + titular de direito real de garantia).

Não é o crédito que é hipotecário, hipotecário é o direito real que garante o crédito. A função de garantir é do direito real. Quando se diz que A tem crédito hipotecário, ou pignoratício, contra B, apenas se enuncia, elipticamente, que A é credor de B e tem direito real, que aliás pode ser em coisa que pertença ou ainda pertença a C. Vê-se bem que a *direção* não é a mesma; o crédito é contra B; o direito real, não: ainda quando, na ocasião de se constituir, a coisa pertence ao devedor, — o sujeito passivo é total, e não B. Os que sustentavam a existência da obrigação real a um só sujeito passivo traziam à balha, sem pertinência, as obrigações *in rem scriptae.* Não se confunda *a)* a teoria da obrigação real do proprietário com *b)* a teoria do direito real a sujeito passivo total, que afirma a existência da relação jurídica e é contrariada pela c) teoria do direito real sem sujeito passivo. O que é proprietário está em situação semelhante à do devedor, não é o devedor. Se, não-devedor, paga a dívida hipotecária, crendo, erroneamente, que existia o direito real, pode repetir o que pagou; se cria que existia a obrigação, e não existia ela, pode repetir, porque a existência do direito real, sem a obrigação, não o "obrigou": exercera ele, apenas, a faculdade de liberar a coisa que lhe pertence, conforme o permita o sistema jurídico.

Surge o problema da mora do proprietário. Se o sistema jurídico possui regra jurídica a respeito, *toilitur quaestio;* se não na possui, aquele, em que se "individualiza" a passividade subjetiva (arts. 718-723, 726-728), é incurso em mora, segundo os princípios. Não se precisa, diante da teoria *b)* como da teoria *a),* da regra jurídica, escrita, do § 1.146 do Código Civil alemão.

7.

Incapazes, sujeitos passivos. Os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes s~o sujeitos passivos, isto é, têm deveres, obrigações, situações passivas nas ações e exceções. Bastaria isso para se evidenciar que as regras jurídicas estabelecem como há de ser pautada a conduta e quais as suas consequências, em vez de se dirigirem a vontades. Os juristas que pensam em ser às vontades que as leis se dirigem, ou têm de excluir que se dirijam a absolutamente incapazes, que, segundo os próprios sistemas jurídicos, não podem entender as regras jurídicas, nem regular a própria vontade (A. Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen,* 43 **5.;** Karl Binding, *Die Normen und ihre (iJbertretung,* 1, V ed., 99 e 243; E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht,*

1, 47, nota 8, e Ausschluss der Wilerrechtlichkeit, *Archiu fOr die civilistische Praxis, 99,* 7; E. Hólder, *NatO*

rliche und juristische Personen, 1, 41; G. Schwartz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, *Archiv fOr B/Jrgerliches* Rechi, 32, 81 s.), ou têm de admitir que as regras jurídicas se dirijam a tais pessoas, se bem que sejam inconscientes (A~. Thon, *Rechtsnorm und subjektiues Recht,* 92 s., Der Normenadressat, *Jherings Jahrbúcher,* 50, 23, contra A. Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrikeit, II*, 1 s.). Ora, a regra jurídica incide em suportes fáticos, entre cujos elementos estão pessoas; não se dirigem a vontades: os absolutamente incapazes respondem pelo ato ilícito dos seus empregados; se não respondem pelo ato lesivo, que cometem, é porque o sistema jurídico contém regra jurídica especial sobre incapacidade delitual (art. 156, *ex argumento).* No mundo fático, o ato do absolutamente incapaz pode ser repelido (legítima defesa, estado de necessidade); não entra, porém, se o não foi, no mundo jurídico como ato ilicito (confusão em A. von Tuhr, *Der Allgcmetne TeU,* 1, 118). Também no plano dos negócios juridicos, tentou-se excluir o absolutamente incapaz. Trata-se do mesmo problema: o absolutamente incapaz, por seu representante, ou por sucessão, ou outro fato jurídico, pode ser devedor, posto que os atos tenham de ser do representante e dirigidos a esse os atos que, se não fosse absolutamente incapaz, lhe teriam de ser dirigidos. A sua responsabilidade é pelos atos do seu representante; portanto, mora do representante é mora dele, posto que o patrimônio do representante fique incólume. O dever, a obrigação, a situação passiva nas ações e exceções são do absolutamente incapaz. Tudo isso põe em relevo que as vontades não estão em causa, e que a posição de devedor nada tem com o poder ou não poder querer aquele que deve. E

o absolutamente incapaz que se chama a juízo, é o absolutamente incapaz que se condena, ainda à declaração de vontade (Código de Processo Civil, art. 641), ou a ato que só o devedor possa executar (art. 287, 3º parte).

Sempre que o representante tem deveres oriundos da sua gestão, como os de não deixar aberta a torneira do andar em que está o apartamento do absolutamente incapaz, a responsabilidade é sua, por se tratar de ilícito seu.

Se o representante joga cigarro pela janela e causa dano, ele, e não o absolutamente incapaz, éque é devedor, e responde (se foi o

absolutamente incapaz que jogou o cigarro, sem culpa ou negligência do representante, não responde o absolutamente incapaz, nem o representante, como já estatuia o Decreto nº 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, art. 74).

§ 610. Sujeitos passivos totais

1.

Relação jurídica e sujeitos *totais.* Os direitos, ainda aqueles que parecem ser sós, como os de personalidade e de propriedade, estão acompanhados de deveres, a) Como direitos, outrem, ou as outras pessoas, tratando-se de direitos com sujeitos passivos totais, têm de abster-se de negar a relação jurídica em que se contêm, ou de que são expressões ativas, ou têm de abster-se de intromissão no espaço que eles ocupam no mundo jurídico. Nas relações jurídicas de direito das obrigações, os devedores são determinados desde o início, em virtude da natureza do fato de que decorre (e.g., contrato, promessa de recompensa, ato ilícito etc.). Nas relações jurídicas com sujeitos passivos totais, o dever é de todas as demais pessoas; e a posição passíva, nas pretensões e nas ações, ou exceções, depende de algum fato que "atualiza" o dever, isto é, que caracteriza, no presente, a posição passiva, que o enche de obrigação, que é o correlato de pretensão. *b)* Os deveres, que acompanham tais direitos com sujeitos passivos totais, são deveres que vão dirigidos a alguém, titular do direito, dependendo de algum fato o ser perante A, ou perante B, ou perante outrem, a pretensão, ou a ação, ou a exceção. A pretensão do que inverteu dinheiro na coisa dirige-se a cada proprietário, enquanto ela dura;~ o direito ao reembolso dirige-se a todas as pessoas que a adquiram, ou que a vão adquirir. Os juristas romanos pensavam em inscrição da ação na coisa *(actiones im rem scriptae);* os contemporâneos, em obrigações reais ou obrigações estadiais (Zustandsobligationen; cf. C. Crome, *System,* II, 7).

2.

Explicação científica. Verdade é, porém, que os juristas não têm visto que não é o dever que se determina, é a pretensão; por isso mesmo, não há sucessão, nem assunção de dívida: a obrigação é *ex persona*

sua; daí não poder o sucedido na propriedade excluir a responsabilidade do sucesscr, nem esse se forrar a ela. O

credor pignoratício está sujeito a deveres perante quem adquira a propriedade da coisa, e esse proprietário de cada momento é o titular das pretensões, ações e exceções que nascerem.

Só a lei pode estabelecer deveres de sujeitos totais. A regra é que os deveres são de sujeitos determinados, e.g., o dever de responsabilidade pelos atos dos animais ou fatos das coisas é do proprietário deles, em cada momento.

557

3.

Direito de propriedade. No direito de propriedade, permite-se ao sujeito do direito, e só a ele (proibindo-se, pois, aos outros), o exercer as faculdades referentes à coisa. Parece-se, porém não se identifica com isso, o que se passa com os direitos de família, notadamente entre cônjuges, ou entre pais e filhos menores. Sempre que o sujeito passivo do direito não é a pessoa, sobre a qual coincide recair o direito, o direito cresce de intensidade, de irradiação social, e o sujeito passivo é total (= todas as pessoas). Daí aquela denominação, que nos repugna, de direitos de senhorio ou de potestade. Nela, há evidente exagero do que ocorre entre o sujeito ativo do direito e o objeto, no tocante ao complexo das faculdades contidas no direito. (E sempre de pouco valor científico caracterizar-se a relação, jurídica, ou outra, pelo seu objeto e pela situação desse perante o sujeito, ou termo da relação. As relações têm de ser analisadas em si mesmas.) Se comparamos esses direitos e os demais, ressalta que o dever, que, ali, é de todos, aqui éde determinada pessoa, ao que corresponde *precisão* do sujeito passivo e menos *concreção* do objeto do direito. Dizer-se que aqui há dever, e ali não, reduz a mínimo, absurdamente, o conceito de dever. Confunde-se, lamentavelmente, o dever com o conteúdo do direito.

Mais ainda, o falar-se de vinculo do sujeito com a coisa, ou a pessoa, se se trata de direito de potestade. O

vínculo entre o homem (não o sujeito de direito) e a coisa seria extrajuridico. O vinculo é entre o sujeito de direito e as outras pessoas,

a respeito da coisa; como, nos direitos de obrigação, é entre o sujeito de direito e alguma pessoa ou algumas pessoas, a respeito da coisa. Apenas ali, a coisa está com o sujeito ativo; aqui, *como* se estivesse. Esse "como se" é típico de eficácia *erga omnes* dos direitos reais sobre coisas alheias, a ponto de permitir figuras como a hipoteca (sem a posse), a anticrese (com a posse) e o penhor (com a posse).

A confusão entre sujeito passivo e objeto, notada na linguagem vulgar e em abreviações ("tenho um crédito", em vez de "sou credor de" ou "sou sujeito ativo em relação jurídica obrigacional") levou à confusão entre relação jurídica que tem por objeto coisa "prestada" (= praestata) e a coisa "a ser prestada" (= prestação).

4.

Direitos de personalidade. Há direitos que concernem à própria pessoa. Os bens da vida não se acham só nas coisas que nos cercam, a começar pelo solo; em nós mesmos há bens, nós mesmos — em nosso pensamento, em nossos sentimentos, em nossas intuições, em nossas ações — somos bem". O problema inicial é o de se saber quais os direitos, o seu conteúdo e a sua extensão, quando a pessoa ou algo da pessoa é que é objeto deles. As convicções e tendências filosóficas haviam de influir nessa determinação, e influiram, *a)* A concepção do direito global de personalidade tem-no como direito, cujo objeto é a pessoa toda, em seu como e psique, em sua conservação e movimentos, em suas exteriorizações e quanto ao nome e produtos imediatos.

Há fatos concernentes ao ser do homem (vida, inviolabilidade corporal e psíquica, liberdade, honra, igualdade), à sua individualidade (nome de nascimento e de família), ou à sua habilidade a cnar. A todos E Regelsberger *(Pandekten,* 1, 197) juntou, como objeto de um direito só, — o de personalidade, que teria, então, de ser analisado. No mesmo sentido, Otto von Gierke *(Deu tscbes Priuatrecht,* 1, 703) e H. Dernburg *(Das Borgerliche Recbt, 4º* ed., 1, 51, e 11, 2). *b)* A concepção pluralistica dos direitos de personalidade entendeu que não há *direito de personalidade,* e sim apenas *direitos esparsos de personalidade,* como o direito àvida, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome, o direito à própria imagem, o direito de autor; e alguns bens da vida, que poderiam ser objeto de direitos subjetivos, somente são protegidos contra atos ilícitos. A grande corrente é nesse sentido *(e.g.,* K. Cosack, *Lebrbucb,* 6º ed., 1, 91 s., E. Hólder, *Aligemeiner Teu,* 61; E

Ulsamer, *Zur Kritik der Lebre uom Persônlicbkeitsrecbt,* 10); e mostraremos, analisando um por um desses direitos, que só em parte acertam. Naturalmente, a personalidade como tal não é direito, e sim qualidade ineliminável da pessoa; porém isso não afastaria poder-se falar de direito de personalidade como conjunto de todos os seus elementos, tal como se fala de direito de propriedade, nem do direito primeiro de personalidade (=

capacidade de direito) e dos outros direitos de personalidade, de per si. Se a *la lata* (ainda) não os reconheceu a todos, équestão diferente, e o que foi reconhecido encheria o conceito. *c)* O fato de se reconhecer a personaiidade, possibilidade de ser sujeito de direitos, mostra, de si só, que se tem a pessoa como titular de direito a essa possibilidade, dependendo das regras jurídicas o determinar-se até *onde, quando* e *como* se assegura esse direito. Temos, assim, a concepção do direito de personalidade uno-plúrimo. *De iure conden do,* a técnica das regras jurídicas sobre cada direito especial de personalidade tem sido a aceita (e a mais louvada), tanto mais quanto há discussão sobre alguns dos direitos que se têm por direitos de personalidade. Por outro lado, adverte-se em que a inclusão de direito geral de personalidade, sem se lhe precisarem o conteúdo e extensão, além de criar problemas sutis e graves, poderia dificultar a evolução social e o desenvolvimento mesmo das outras personalidades. Não seria de admitir-se, antes de clara e precisa determinação do conteúdo e extensão do direito de personalidade em geral, e dos diferentes direitos de personalidade, dar-lhes proteção jurídica *a priori;* nem as limitações aos direitos especiais ligados à personalidade são as mesmas para todos.

Um degrau, porém, foi subido, definitivamente. Todo ser humano é pessoa (= Todos os seres humanos são capazes de direito; = Todos os seres humanos podem ser sujeitos de direito). Ainda assim, se examinamos cada um dos direitos privados e públicos, vemos que de muitos direitos ainda não podem ser titulares *todos* os seres humanos. Os outros direitos foram-se e vão-se precisando.

557

§ 611, Direito e dever, correlatividade

1.

Sujeito ativo e sujeito passivo. Os conceitos de direito e de dever jurídico somente são correlativos se correspondem a sujeito ativo e a sujeito passivo de direito. Fora dai, nem todos os que ficam do lado favorecido pela regra jurídica são sujeitos; nem todos os que ficam do lado passivo são sujeitos passivos de direito.

O dever de atender à regra jurídica não é correlativo dos direitos que a regra jurídica cria ou transforma; seria correlativo do direito de editar regras jurídicas, termo de outra relação que resulta da incidência de outra regra, a *regra de competência.* O direito real contém-se em regra jurídica, a que se deve atender, e ao direito subjetivo, que dela resulta, corresponde dever dos sujeitos passivos que são todos. Dá-se co-extensão entre o dever de atender à incidência da regra jurídica B, dever que emanou da regra jurídica A (de competência jurislativa), e o dever emanado da regra jurídica B.

2.

Direitos subjetivos e direitos assubjetivados. Tanto no direito privado quanto no direito público, há a) direitos subjetivos, há *b)* eficácia reflexa das regras jurídicas e há *c)* direitos não-subjetivados, que são classe intermédia. Assim, A tem direito subjetivo a que o Estado o aliste como eleitor, ou a que B lhe pague o seu crédito; A recebe vantagem (efeito reflexo) da execução da lei que resolveu se calçasse, no presente ano, a rua em que A tem o seu prédio; A tem direito a pôr seu filho na escola pública, mas falta-lhe a subjetivação do direito. Essa subjetivação falta, ainda quando se crie a favor dos habitantes, ou dos nacionhis, *ação de cumprimento da lei* (Gesetzesvollziehungsanspruch), ou a *ação de constituição negativa,* de que cogita o art. 52, LXXIII, da Constituição de 1988. Há direito na classe *a)* e na classe *c);* seria errôneo dizer-se que há direitos na classe *b)* e, pois, falar-se de "direitos reflexos" *(Rei lexrecb te).* Não há direitos reflexos.

Os direitos subjetivos ou são a sujeitos passivos totais, ou são direitos subjetivos a alguma prestação. Há direitos que não são subjetivos. Nem são direitos subjetivos, nem são simples reflexos.

3.

Efeitos reflexos de regias jurídicas. No direito administrativo, *a)* há regras jurídicas que dão ensejo a relações jurídicas só entre funcionários públicos de graus diferentes, quase sempre em forma de instruções de serviço, e dessas regras jurídicas somente podem resultar efeitos reflexos para o público, ou terceiros, que estão no serviço da administração; *b)* há regras jurídicas que determinam, por sua incidência, deveres dos funcionários públicos para com o público, e delas surgem, ou não, direitos subjetivos, mas, se nao surgem direitos subjetivos, surgem direitos assubjetivados. O "direito" dos vizinhos a que a administração exija à construção o respeito das leis e regulamentos é direito, e não só reflexo de direito, ou, pelo menos, essa é a tendência do direito contemporâneo: a atitude dos juizes, negando-o, é regressiva.

As pretensões públicas podem ser ligadas a direitos subjetivos e a direitos não-subjetivados; não há pretensões públicas só ligadas a reflexos de direito. Apagam essa diferença aqueles que só vêem duas classes: a classe dos direitos subjetivos e a dos reflexos de direito, de modo que põem, nessa, verdadeiros direitos, embora não subjetivados, como, dissemos, o de pedir que ao prédio vizinho a administração exija o alinhamento ou outras normas de construção. Por isso, falar-se, como Fritz Fleiner *(Institutionen,* § 12,11, la), de pretensões públicas *(õffentliche AnsprOche)* como referentes, também, a reflexos de direito, destoa da técnica da ciência.

4.

Direito ao cumprimento das leis. ~Existe direito ao cumprirnento das leis, independente da pretensão à tutela jurídica dos interesses lesados? Existe Poder Executivo e por muito tempo se deixou a ele, e só a ele, o executar as leis, salvo no tocante ao que fosse à Justiça, por ter havido ofensa a direito subjetivo. Se o direito e a pretensão ao cumprimento das leis, existem, é questão *de lege lata;* pode aquele existir, sem essa. Se existem, não é necessário que exista em todas as espécies. Certo é, porém, que existem, se há regulamentos, ainda revogáveis pelo Poder Executivo, enquanto não estão revogados. Mesmo porque o direito de igualdade perante a lei (Constituição de 1988, art. 59, *pr.)* é um dos direitos fundamentais, individual, como o a que se refere o art. 52, XXXV.

§ 612. Pluralidade de sujeitos de deveres

1. *Posição do problema.* O problema consiste em se saber se, no caso de pluralidade de sujeitos de deveres, há *(a)* pluralidade de deveres, com pluritit ularidade de sujeitos, ou *(b)* pluralidade do mesmo dever. Com *(a),* terminantemente, R. Sohm *(Der Gegenstand,* 41) e A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teu,* 1, 121).

Assim, o problema consiste em se saber se o mesmo dever pode incumbir a duas ou mais pessoas. Ou *(b)* se entende que sim (dever D com n devedores); ou *(a)* que a cada devedor corresponde o seu dever *(n* devedores; portanto, dever D, dever D", dever"). Não seria possível, para *(a), comunidade de deveres,* posto que se conheça *comunidade de direitos.* Nesse sentido, peremptoriamente, R. Sohm *(Der Gegenstand,* 41). Ainda quando um dos devedores somente possa solver com a colaboração dos outros; ainda quando se possa exigir de cada um dos devedores a dívida toda; ainda que qualquer deles possa e deva efetuar o pagamento.

Para *(a),* a relação jurídica é uma só; dois ou mais, os credores são do mesmo crédito; os deveres são de cada um dos devedores. Para um só crédito, múltiplos deveres. O crédito pode ser de dois ou mais. O débito, não: o des-haver é direto e uno, incindível, subjetivamente. Dívidas *comuns* são dívidas de A + dívidas de B.

Há algo de primitivo nessa concepção. No correr da obra, havemos de ver se é possível B: se há identidade do dever, com pluralidade de devedores.

2.

Dívidas da herança. Em todo o caso, cl: se a dívida "da herança", que, hoje, se limpamos de romar.sno superado a concepção da transmissão *causa mortis,* o é dos herdeiros. Exatamente é nos créditos e nas dívidas, acrescenta-se, do decujo que eles se inserem. Cita-se a dMda comum dos cônjuges. Nem se diga, como A. von Tuhr (1, 122), que aí se alude à execução, e não a deveres e obrigações. *A fortiori,* no direito

brasileiro, que conservou, em sua inteireza institucionel, mais do que o próprio direito holandês, a comunhão universal (germânica) dos bens dos casados.

§ 613. Atos para aquisição, ou perda

1.

Dever de aviso e atos sem *dever.* Não é dever o que é apenas pressuposto para a aquisição ou perda de algum direito, ou para o exercício dele. O *aviso,* por exemplo, pode ser dever, e pode não no ser: quem tem de avisar, somente para que seja protegido ou conservado direito, sem pretensão sua ou ação sua, não tem "dever de avisar" (P. Klein, *Anzeigepflicht im Schuldrecht,* 65 5.); é possível que a faculdade de avisar e o dever de avisar coexistam, porém não é necessário, nem é a regra. O dever de aviso é dever acessória sempre que, se o devedor não avisa, causa dano ao credor. E de grande importância prática saber-se se, em cada espécie, é de dever de aviso, ou não, que se trata. Teoricamente, a distinção tem contra si que, ainda no caso de pressuposto de aquisição de direito, ou de perda, o que *pode* avisar tem escolha entre avisar e sofrer as consequências de não adquirir ou de perder; porém o argumento é insuficiente para apagá-la. Ela existe. Uma coisa é a reação do direito pela indenização, se algum dever deixou de ser *cumprido;* e outra, a reação do direito, com a falta da aquisição, ou a perda de algum direito, se algum fato não se deu. O aviso-pressuposto é fato; o dever de avisar faz do aviso ato de execução: é o aviso-cumprimento. Não há dever de protestar o título cambiário; há protesto-pressuposto. Tal o que se passa, também, quanto ao aviso-pressuposto. A respeito de aviso não se apura se houve culpa, ou se não houve (salvo excepcionalmente); não assim quanto ao dever de avisar.

O aviso é simples comunicação, que pode ser conteúdo de faculdade, ou de dever. Às vezes, adverte; outras, aconselha; outras, faz pova; outras, ainda, salvaguarda direitos.

2. *Atos de exercício.* Quanto aos atos de exercido de direitos, em eles conter cumprimento de deveres; não são, porém, em si, atos de

deveres.

§ 614. Colisão de deveres

1.

*Exemplificaç*ão. Pode dar-se que colidam dois ou mais deveres.O exemplo clássico é *(a)* o do que está em relação pessoal quanto a B (locação, comodato, penhor, depósito) e em posição passiva (total) perante C, que tem pretensão ou ação à entrega da coisa, por direito real. O devedor A somente se pode recusar a entregar, se B tem *direito a possuir* a coisa, de que venha o seu. Também, *(b)* se B pede a coisa, não pode A alegar o direito de C. No caso (a), B pode, se demandado, lançar mão da nominatio *auctoris* ou da *laudatio auctoris* dos mis. 62-69, ou 70-76 do Código de Processo Civil (no direito anterior, arts. 95-101, 99-100; nossos Comentários, 1, 367 e 384), conforme a espécie. No caso *(b),* C pode intervir no processo, pois que B

demandou a A, com a oposição dos arts. 56-61 (sob o Código de 1939, arts. 102-105; nossos *Comentários,* 1, 385-392). Tudo isso já se passa no plano do direito processual. No plano do direito material, portanto *antes* de qualquer demanda, — o devedor pessoal deve devolver a coisa ao seu credor (locador, comodante, empenhante, depositante), ainda que saiba ser dcno outra pessoa: não tem o devedor função de tutela jurídica, para conhecer e julgar da propriedade de terceiro, se a coisa lhe veio de outrem, que talvez tenha outros argumentos.

2.

A chamada «exceção de domínio" (Código Civil, art. 505, 20 parte). O art. 505, 2ª parte (chamada exceção de domínio), só se refere à demanda *(verbo* "julgar"); quando muito, existindo os pressupostos, raros, da justiça de mão própria, por parte, essa, do devedor ou do

proprietário (na luta entre B e C, A julga a si próprio, oi C faz-se justiça de mão própria). Todavia, o problema foi contrciertido; Otto Gierke *(Deu tsches Privatrecht,* II, § 170, nota 112) fazia passar à frente, sempre, a pretensão do proprietário; Th. Kipp, (em B.

Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 1.255) entendia haver solidariedade; Martin Wolff, *(Lehrbuch,* 111, 274º32a ed., 644), distingula a situação do que é devedor a credor sem direito à posse, e a do devedor a credor com direito à posse, e considerou questão distinta a da liberação pelo prestar ao que não tem direito, a que dá solução afirmativa; A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teu,* III, 579) tem como preferente a pretensão do credor pessoal, enquanto o proprietário não demanda; R. Schmidt (Unechte Solidaritât, *Jherings JahrbQchcr,* 72, 112

si deslocou o problema para o terreno da boa-fé e da neg!igência. Ora, a solução certa é a de A. von Tuhr com os acréscimos que fizemos; se A entrega a C, em vez dc a B, de quem houve a sua posse, A procede a seu risco e faz justiça a si mesmo, pois o seu ato é de julgamento fora da justiça estatal. Não se pode pensar em devedor, recusando ao proprietário, com fundamento nos arts. 513, *in fine,* ou 517, 2º parte: há na recusa pelo que *conhece* a relação de propriedade ato de acordo com o direito, e não contrário a direito. Em todo o caso, o proprietário pode pedir ao devedor pessoal que o avise da entrega, se há risco, para ele, de que o credor fuja, ou se ponha em cituação de não poder entregar a coisa; a omissão *culposa* do aviso é ato ilícito absoluto, porque éinfração do dever de avisar, criado pela recepção do ato jurídico *stricto sensu* do proprietário.

Iniciada a demanda contra A, pelo proprietário C, já o réu não pode devolver a B, salvo se B entra na relação juridica processual: a litisdenunciação é dever, se o réu quer entregar a coisa; se o litisdenunciado não comparece, tem o litisdenunciante de prosseguir na causa, para não perder o direito à responsabilidade pela evicção, ou entregar a coisa ao autor. Idem, se o litisdenunciado nega a afirmação do litisdenunciante.

O que se disse sobre o proprietário também se entende do que tem interesse de retenção, ou do pré-contraente de lotes com a posse desde logo e outros com direito à posse.

PARTE III

PRETENSÕES E AÇÕES

Capítulo 1

As Pretensões

§ 615. Conceito de pretensão

1.

O *que* é *pretensão.* Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Não tenho direito nem pretensão no tocante ao devedor de A; mas A a tem, salvo se a sua posição subjetiva de credor está mutilada, de modo a se tratar de direito sem pretensão. O correlato da pretensão éum dever "premivel" do destinatário dela, talvez obrigação (no senso estrito), sempre obrigação (no sentido largo).

Ao "posso" do titular da pretensão corresponde o "ser obrigado" do destinatário. Não há pretensão sem destinatário; nem obrigação, sem que haja a pretensão. A pretensão pessoalmente obrigacional é subclasse de pretensão; porém, se conceituássemos obrigação como a posição passiva de quem "deve", haveria obrigação a que não corresponderia pretensão. Obrigação tem, pois, dois sentidos, o de dever, que é larguissimo (posição subjetiva passiva correlata à de direito), e o de posição subjetiva passiva correlata à de pretensão. Vai longe o tempo em que J. Biermann *(Burgerliches Recht,* 1, 108) tomava direito (de obrigação) e pretensão como equivalentes, erro que os juristas, fora da Alemanha, continuaram de cometer. Aliás, a expressão *Recht* (direito) no Código Civil alemão, § 194, embora de inconvenientes afastáveis, d2vera ter sido evitada; porque permite falar-se de d:reito (dteito subjetivo), de direito a exigir (pretensão) é de direito à ação. Rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, *separáveis.* Serve-se à boa terminologia, dizendo-se: direito, dever; pretensão, obrigação; autor, réu; excipiente, excetuado.

2.

Fim da pretensão. Toda pretensão tem por fito satisfação: émeio para fim; a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente por ato ou abstenção sua. A exigibilidade da separação judicial ou do divórcio, através de ação constitutiva, não é menos exigibilidade; há pretensão constitutiva, como há condenatória; há pretensão declarativa, como há pretensão constitutiva e pretensão mandamental. Apenas a pretensão declarativa é no plano do ser e do não ser. Não seria lógico que se admitisse a pretensão àconstituição negativa do negócio jurídico (a decretação da nulidade), sem se admitir a pretensão a declarar-se o não-ser ou o ser.

3.

Precisão do conceito *de pretensão.* Pretensão é, pois, a *tensão* para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O *pre-* está, aí, por "diante de si". O direito é dentro de si mesmo, tem extensão e *intensidade;* a pretensão lança-se. Não é o direito, nem a ação, nem, *a fortiori,* a "ação" (sentido processual); há direitos que perderam, ou não têm pretensão; há ações, sem que o autor delas seja o titular da pretensão; e pretensão, sem a açao ou sem a ação e a açao . Na pretensão, o direito *tende* para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico. Esse dever juridico pode ser o de sujeitos passivos totais (com razão, B. Windscheid, em *Die* Actio *des rõmnischen Ciuilrechts,* a quem se deve a fixação do conceito científico de pretensão).

Quando o Código Civil alemão, § 194, definiu a pretensão como „o direito de exigir de outro fazer ou não fazer", confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa. Certamente, a pretensão dirige-se a pessoa determinada, a sujeito único ou total, que é o sujeito passivo da relação jurídica; mas, se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com ele. Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo *mais.* Argumenta-se que não há pretensão nos direitos reais e em outros direitos com sujeitos passivos totais, porque não pode ser cedida, nem prescreve a faculda.de geral de não ser perturbada. Mas esquece aos que assim pensam que a pretensão à omissão contínua, nos direitos de créditos, somente começa a prescrever quando se infringe o dever de omitir, tal como acontece às pretensões dos direitos com sujeitos passivos totais. Ninguém ignora que a pretensão à omissão continua e

desde agora, nos direitos de crédito, existe ainda antas de se ter obrado contra o dever de omitir. Também aí a prescrição ainda não começou de correr; somente se inicia com o ato contrário, com a infração do dever.

Por quê? Porque, tanto nos direitos com sujeitos passivos totais quanto nos créditos de omissão continua e desde agora, a pretensão está sendo satisfeita e, pois, cumprido o dever: a continuidade implica essa satisfação no presente e no passado; e, à medida que se avança no futuro, a satisfação continua, até *que* ocorra a violação do dever por parte dos sujeitos passivos, totais ou não. Essa a explicação verdadeira, que vem, ainda embaçada,

de B. Windscheid, em 1856, de E. R. Bierling (Kritik, II, 182), de K. l-Iellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 42 s.) e de P. Langheineken *(Anspruch rind Einrede,* 8 s.).

4.

Pretensão e categorias que com ela não se confundem. (a) As pretensões não se confundem com os direitos formativos geradores, modificadores ou extintivos. Esses operam por si, sem necessidade de ato ou de omissão do devedor; as pretensões exigem a ação ou omissão do devedor. E possível a pretensão à constituição, modificação ou extinção, se do fato jurídico resultou que alguém se obrigou a constituir, modificar ou extinguir e só por si não no poderia o credor.

(b) De ordinário, as pretensões são acionáveis (ditas integras); mas, por isso mesmo que podem não no ser, a pretensão distingue-se da ação.

(c) Não há exigibilidade sem pretensão. O direito subjetivo pode ser inexigível. Na L. 108, D., *de verborum significatione,* 50, 16, diz-se que "Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest". O texto de Modestino não satisfaria mais, se é que podia, então, satisfazer Deve-se, mesmo quando a divida não é exigível, ou ainda não é exigível, ou não é mais exigível.

(d) As identificações do direito subjetivo com as pretensões (S. Schlossmann, *Der Vertrag,* 256, 258 e 273) e com as ações (A. F. J. Thibaut, .*System, 9º* ed., 1, §§ 63 e 158) chegaram ao auge com E. R. Bierling *(Kritik,* II, 69): "Pretensão jurídica énorma jurídica cm concepção subjetiva." E. Fuchs *(Das Wesen der Dinglichkeit,* 27 sã não precisou ir até ai: a coisa é apenas o objeto final *(Zweckob)ekt)* cio direito real, e não o obleto do direito mesmo; a diferença seria apenas quanto à absolutidade. As ações são sempre contra alguém (excelente, W.

Kindel, Das *Rechtsgeschâft und sem Rechtsgrund,* 153), de modo que a transplantação do problema para o plano das ações seria inútil. Por onde se vê que a ciência e a técnica do direito muito ganham em se partir de conceitos precisos de direito, subjetivado ou não, de pretensão, de ação e de exceção. Sem eles, dificulta-se qualquer inteligência das leis e dos livros. Tanto mais quanto por vezes se tem de entender "pretensão" onde a lei diz direito, ou entender que, na espécie, há direito, sem pretensão onde diz que falta a ação.

§ 616. Espécies de pretensões

1.Pretensões pessoais e *pretensões reais.* As pretensões de direfto das obrigações são ditas *pessoais;* as de direito das coisas, *reais.* Diz-se que a pretensão pessoal se identifica com o crédito, que é a sua base, pois entre os dois não há diferença que caracterize a alguns deles (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 571). Porém essa afirmação, já de si contraditória ("identificação" e "servir de base"), deixa de levar em conta os direitos não munidos de pretensão, ou porque nasceram sem elas, ou porque as perderam. Razão bastante para se ter por falsa e se evitar.

2.

Pretensões obrigacionais ditas in rem scriptae. Algumas pretensões obrigaclonais se dirigem contra quem e o titular, no momento, de algum direito real ou de posse; *são* ditas *in* mm *scrptae.* São a classe intermédia entre as pretensões pessoais dirigidas contra determinada pessoa e as pretensões oriundas de direitos com sujeitos passivos totais: naquelas, *o* devedor é determinado em virtude de sua inserção

no dever, sem descontinuidade entre os devedores, que vêm uns após outros; nessas, a determinação concreta é em virtude do ato ou omissão que torna dirigida *para um* a pretensão que se difundia em irradiação. A pretensão àexibição da coisa é contra quem tem, agora, a posse; a pretensão a que não se perturbe o exercício de direito de propriedade, ou de direito real, ou o próprio direito, é contra quem quer que seja. Ali, o é mais sujeito passivo; aqui, não se entra em indagaçao de tempo, e quem quer que seja pode infringir o dever, que é de todos.

3.

Contra quem se dirigem os pretensões reais. As pretensões *reais* dirigem-se, como os direitos de que emanam, contra todos. Há-as no direito das coisas, no direito de família e no direito das sucessões. Tem-se dito que as pretensões reais não exsurgem com o direito mesmo: é preciso que se dê conduta de alguém, contrária ao conteúdo do direito real ou do direito de família; portanto, sem violação não haveria pretensão real. Mas essa proposição confunde *ação e pretensão: a* pretensão preexiste, aí, à ação; não é a pretensão que nasce mais tarde que o direito, é a ação. Os que seguiram o caminho errado de conceber os direitos ditos absolutos como direitos

sem pretensões ab initio são levados, por isso mesmo, a outras afirmações igualmente erradas; *e.g., à* de que a pretensao real não só não é idêntica ao direito absoluto (proposição verdadeira) como também não é, em direção, subjetivamente coextensiva a ele (proposição falsa). Tanto o direito absoluto quanto as suas pretensões se dirigem *erga omnes;* o que não se dirige erga *omnes,* na ordinariedade dos casos, é a ação, ou alguma preteri-são nascida ulteriormente, em virtude de regra jurídica especial. A pretensão é sempre contida no direito, ou se refere a elemento do conteúdo do direito. De modo que não se pode dizer, a proposto de direitos absolutos, que o conteúdo da pretensão é diferente do conteúdo do direito; o conteúdo da ação, sim, porque direito e pretensão sem ação têm, ai, de comum, a exclusividade daquele e a proibição contra todos, que é peculiar à pretensão real, e exatamente no que falta a ambos é que consiste o conteúdo da ação. Porque direito e pretensão são diferentes, tem de ser díferentemente tratados: direito não prescreve, o que prescreve é a pretensão; a prescrição das pretensões

reais somente começa do momento em que deixa de ser satisfeita; é continua e negativa, de modo que não infringi-la é i-la satisfazendo continuamente; contra as pretensões de propriedade pode, às vezes, ser oposta exceção (direito de retenção), ainda que o direito do proprietáriO nada possa sofrer; a pretensão *depende* do direito, que lhe é base, com ele nasce, ou dele nasce, e com ele se extingue (ainda se foi cedida).

4.

Pretensões e direitos ulteriormente nascidas, ou nascidos à *parte.* O que a pretensão real, no sentido largo, tende a obter éa continuidade do estado que se não há de *perturbar;* a sua infração produz a ação, para o restabelecimento daquele estado. Essa pretensão é, portanto, inconfundível com os direitos de crédito que surjarn, posto que algumas regras juridicas sejam comuns às pretensões reais e aos direitos de crédito que vinculam alguém (por exemplo, o proprietário): as regras jurídicas sobre mora são coincidentes; outrossim, as regras jurídicas sobre cessao. As pretensões que se originam dos direitos de família também não se confundem com os direitos de crédito; e aquelas não são, de regra, cessiveis.

5.

Pretensão real, ação *real* e *créditos surgidos da violação.* A pretensão real preexiste à ação. É

inadmissível que se identifique aquela com essa, como o é identificar-se com os créditos (direitos) nascidos da violação. A pretensão real consistente em proibição de perturbar-Se o direito não pode ser identificada com o crédito que nasça da perturbação. Uma coisa é a pretensão e outra a nãosatisf ação dela: a pretensão continua idêntica a si mesma, embora se dêem, ao correr do tempo, as infrações ã obrigação de não-perturbar. Ao longo do tempo, estarão os créditos, com as suas pretensões e ações. Assim, a luta, entre os que vêem no momento da infração *a)* o nascimento da pretensão própria do direito absoluto *(e.g.,* L. Enneccerus, *Lehrbuch, 1,* 573) e b) os que ai vêem direito de crédito, nunca poderiam chegar a solução satisfatória *(e.g.,* 1(. I-lellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 5 s.): a pretensão a prestação contínua (proibição) vem desde o inicio; a ação, por violação dela, não é crédito, no que somente é infração da proibição, e pois elidível pela recontinuação da omissão; há crédito, se da violação resultou

plus que há de ser tratado como outro direito que aquele de que vem a pretensão. Ou se vê a diferença entre a infração da obrigação do devedor (nos direitos com sujeitos passivos totais e nos outros) e o ato ilicito, ou não se pode chegar a conclusão que se imponha. Os juristas romanos aproximavaltr se da distinção quando discriminavam o campo das *actiones rei persecutoride* e o das actiones *poenales:* por aquelas só se pede o que estava com o titular; com essas, há desvantagem para o réu. A pretensão real é dependente; as outras, nao, ou, pelo menos, podem não no ser.

A ação de prestação Fatura põe ação antes de exigibilidade. A sua natureza sugere dela tratarmos especialmente, como elemento de pretensão condenatória antecipada, o que se há de fazer no lugar próprio.

§ 617. Conteúdo da pretensão

1.

Conceito de pretensão e c *onceituaçõe a serem evitadas.* Levados pela infeliz definição do seu Código Civil (§ 194: "O direito de exigir de outrem ato ou abstenção (pretensão) submete se a prescrição"), alguns juristas alemães conturbaram o conceito de pretensão. Parecia que limitavam o conceito de pretensão às prestações de fazer e de não fazer. Vitima de tal proposição, A. von Tuhr (Ver *Allgemeine Te!!,* 1, 240 s.) advertiu em que as ações, na maioria dos casos, se baseiam em pretensão de tal natureza (existem, portanto, pretensões de outra natureza) e se costuma falar de ações de condenação; mas há muitos casos em que o fim do litigante não consiste em algum fazer ou não-fazer do demandado (ações declarativas, constitutivas etc.): a essa classe de ações sem pretensão material *(Klagen ohne* materiellen *Ansprucll)* pertenceriam ações declarativas e constitutivaS. O problema não se confunde com o da existência de direitos sem pretensão; e A. von Tuhr não

analisou, em 1910, como deveria, as espécies que apontou. E verdade que o destinatário da pretensão não pode outorgar a decretação da

repetição, mas a razão disso está em que o Estado se interpôs. Ê preciso não se elidir, nos raciocínios, o fato histórico do monopólio estatal da justiça e da determinação dos limites dele pelas leis. A pretensão nasce, ainda que nasça sem a exigibilidade *de pessoa a pessoa.* Mas, se há ação e o titular do direito é o mesmo da ação, a ação, aí, é o que *resta* da pretensão.

2.

De como se exigem as pretensões. ~Que é que contêm as pretensões? As pretensões contêm exigibilidade, *de pessoa a pessoa,* ou pelo *ato administrativo,* ou *pela "ação".* Se ainda éexigivel a prestação, ou a satisfação do direito, sem já se ter ação, ainda há pretensão; se não se pode exigir a satisfação, ou a prestação, mas há ação, há pretensão; porque, se bem que possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão, e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão.

Há direitos sem pretensão porque há direitos que não podem ser exigidos. Há direito só sem ação porque há direitos que somente podem ser exigidos fora da ação. Há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a pretensão deles e, pois, eles mesmos, em sua eficácia, foram canalizados.

3.

Diversidade do conteúdo dos pretensões. O *conteúdo* das pretensões é diverso, de conformidade com o direito de que emanam. Tem-se dito que se tratam como os direitos de crédito; mas logo se abre exceção para as pretensões reais. No fundo, essas coincidências obscurecem, em vez de clarearem o assunto. Melhor é vê-las em si mesmas e estudá-las de per si. A cessão da pretensão pessoal pode fazer-se sem se ceder o crédito (sem razão, L. Enneccerus, *Lelirbuch,* 1, 573), porque não se identificam pretensão e direito: o que se fez foi dar a outrem o exercer em interesse próprio o direito alheio. Passa-se o mesmo com as pretensões reais; salvo regra jurídica especial. No direito romano, exatamente porque lhe era estranha a sucessão singular de créditos, nomeava-se procurador em seu próprio interesse *(procurator in rem suam)* àquele a quem se queria transferir o crédito; assim a relação jurídica processual se formava entre o procurador e a parte contrária. De modo que, em verdade, a cessão começou por ser cessão da *actio*

Portanto, da ação, ou da pretensão, quando se reconheceu a *actio utilis* em caso de morte do mandante, ou para obstar à revogação. O procurador, feito *dominus litis,* rece-bia a eficácia da sentença; com o desenvolvimento posterior, a procuração *in rem suam* fez-se irrevogável antes da *denuntiatio,* de modo que houve três degraus subidos: irrevogabilidade no momento da *litis contestotio;* irrevogabilidade no momento da *denuntiatio* (momento da comunicação ao devecior); irrevogabilidado antes da *denuntiatio* (praticamente, ao ser cumprido o *mandatum ad agendum.*

4.

Ação declaratória e pretensão de direito material. Problema extremamente delicado é o de se saber se a ação declaratória faz parte da pretensão de direito material. A resposta para a açao declarativa positiva tem de ser separada (porém não é necessariamente diferente) da resposta para a ação declarativa negativa. Quando A.

vori Tuhr *(Der Aligemeine Teil* 1, 240) pensou que a ação declarativa é sem pretensão, que lhe corresponda, cometeu erro enorme: primeiro, teria de indagar se a pretensão (ação éelemento de pretensão, de modo que haver ação é haver, pelo menos em parte, pretensão!), aí, é *a)* a de direito material comum ou *b)* a de direito pré-processual (pretensão à tutela jurídica); segundo, se a pretensão à declaração é de direito material, *c)*

~Como explicar-se que possa sei. exercida para a negação da existência? Cedo, O. Geib *(Rech tsschutzbegehren ind Anspruchsbestãtigung,* 11 s.) tomou atitud2 a favor da tese *a).* Quasc se descurou de *1,).* Fica em aberto **),** que não é tese, mas problema.

(a) Há direito subjetivo à declaração? Ou a pretensão àdeclaração é elemento da pretensão, e não direito subjetivo autônomo a que ela corresponda? Dar-se-á que a ação de declaração exista sem direito subjetivo e não faça parte da pretensão correspondente a algum direito subjetivo? Todas essas questões são verdadeiras questões, científicas e cientificamente respondiveis. A elas não juntamos a questão “aExiste a ação declarativa e não faz parte de nenhuma pretensão?“, porque seria pergunta Existe o tampo da mesa e não faz parte de nenhuma mesa?“

(b)

Toda pretensão, pois que existe, há de conter a pretensão a ser declarada; porque, ao exercer-se, se declara a si mesma, ou provoca o órgão ou corpo competente a declará-la. Ainda nos sistemas jurídicos deficientemente explicitados ou, *de iure condito,* deficientemente concebidos, em que não há "ação declaratória", o elemento pretensão à declaração é *ineliminável:* em toda ação de condenação, constituição, mandamento ou execução, há elemento declarativo, que, de ordinário, é questão prévia. A essencial pretensão de toda relação jurídica é a pretensão à afirmativa da própria existência da relação jurídica. Mas estamos a

saltar para o plano da tutela jurídica. Veja § 624, 2.

(c) A pretensão, que não existe, não pode conter a pretensão ou a ação à declaração de que não existe. Essa pretensão e essa ação teriam de ser de outra fonte, *noutro plano.* O titular da pretensão é pessoa, portanto possível sujeito de direitos ou de deveres. A pretensão à declaração negativa ou pertence ao direito de personalidade, ou pertence ao direito mesmo que não existe *mais,* por proteção póstuma. Se a lei, explicitamente, ou a interpretação assente estabelece que *há* ação declarativa negativa, o problema está em se saber onde se situa, no sistema jurídico, essa ação e, pois, a pretensão à declaração.

5.

Pretensão que contém ação e pretensão sem ação. De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para a satisfação. A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém ainda não *ajo* contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, *condeno* e *executo.* Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite.

A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandado e da execução; essas, tornadas funções exclusivas do Estado, são objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão á tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para

que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima. Por isso mesmo, os juristas que confundiram e ainda confundem a *actio* e a pretensão à tutela jurídica (que é sempre de direito público), não só desatendem aos antecedentes históricos, como à sistemática do direito. A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da *res in iudicium deducta.* A ação não é "direito à prviação judicial". O próprio L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 574), que reconhecia dever-se a A. Wach *(Handbuch,* 1, 19 s.), portanto ao ano de 1885, a nítida distinção entre a ação e a pretensão à tutela jurídica, ainda não se havia livrado da anterior confusão (nem dela se livrou Hans CarI Nipperdey, na 394 ed.). A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir *(ex-igere),* que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir é exação; exigir é "premir" a exação.

6.

Direitos absolutos e pretensão. Tanto os direitos absolutos quanto os direitos relativos, portanto os direitos assim de personalidade e os reais como os de créditos, geram pretensões. Nos direitos absolutos, o exercício do direito é quase só pelo uso do objeto do direito: assina o nome nos escritos e nos recibos, constrói no terreno, lavra ou cava a terra, come os frutos; mas há pretensões, que se manifestam na proibição geral de turbação e de esbulho (cedo, K. l-lellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 25 **5.;** *Lehrbuch,* 1, 220 **5.;** sem razão, G.

Planck, *Barqerliches Gesetzbuch,* 1, 47, cf. *Kommentar,* [, 4º ed., 504 **5.;** A. von Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* 1, 243). O argumento de que de alguém, que não pensa em violar a minha propriedade, se pode dizer que lhe é proibido turbar ou esbulhar o meu direito, porém não que lhe posso *exigir* isso, é argumento fraco. A absolutidade do direito consiste exatamente nisso; z proibir é exigir ato negativo. Não há cindir-se o lado passivo dos direitos absolutos em proibir, que seja *prius,* e exigir, que seja o conteúdo da pretensão, como *pos terius.* Confundem-se, ai, a ação e a pretensão: a pretensão é *erga omnes,* consiste em proibição geral, que çorresponde à estrutura dos direitos com sujeitos passivos totais; da infração, da não-satisfação da exigência geral de abstenção, é que nasce a *ação.* Não se deve dizer que do dever negativo geral emana a pretensão quando alguém turba

ou esbulha o titular: o dever negativo corresponde, *de regra* (porém não necessariamente; *e.g.,* o possuidor de boa-fé tem o dever de respeitar a propriedade, porém não a obrigação disso, portanto há o direito, porém não a pretensão do proprietário); se há turbação ou esbulho, havendo a pretensão, nasce a ação.

Nas servidões negativas, há o direito e há a pretensão contra todos (cf. K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 26, e P.Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 9). Nos direitos relativos, é que a pessoa, a quem se pode exigir o ato positivo ou negativo, é determinada; a f *ortiori,* quanto à ação.

7.

Direitos formativos e pretensão. Tem-se escrito que dos direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, não nascem pretensões: ao exercício deles basta o ato unilateral, próprio, do titular; de modo que não poderia o sujeito passivo, singular ou total, "opor-se", nem precisaria o titular de exigir dele que se abstivesse de qualquer ato positivo ou negativo. Há, ai, da parte de alguns juristas (e.g., A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 244), confusão entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão: o sujeito passivo tem de abster-se de impedir ou de dificultar o direito formativo. Tanto assim que, se E impede que exerça o meu direito de caça em terras dele, tenho a ação, por violação do seu dever e obrigação de se abster. Mais: se ainda vou propor ação de nulidade de negócio jurídico contra B, e B, invocando o

negócio jurídico, cobra o que diz ser-lhe devido, é a pretensão à desconstituição o que alego contra a sua exigência, e não a ação constitutiva negativa.

mesmo raciocinio cabe a propósito de direitos expectativos. Aqui, adquire-se o direito expectado, sem ser preciso qualquer ato do expectante. Para obstar às turbações e esbulhos, os sistemas jurídicos criaram reações aos atos turbativos ou esbulhantes. Há, pois, direito e pretensão, — pretensões a que não se frustre ou não se prejudique o direito expectativo, frustrando-se ou prejudicando-se o objeto expectado. O art. 120 é eloquente:

"Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosa-mente levada a efeito por aquele, a quem aproveita o seu implemento."

8.

Direitos relativos e pretensões. Direitos relativos geram pretensões contra pessoas determinadas; direitos absolutos, pretensões *erga omnes.* A ofensa de terceiro que atinja o direito relativo gera direito, pretensão e ação, porque invade a esfera jurídica de outrem; gera-os também a que atinja o direito absoluto. Daí a diferença essencial: a pretensão e a ação pelo ilícito absoluto (art. 159), fundadas na culpa, são ligadas ao dever de se não invadir a esfera jurídica de outrem, e supõem contrariedade a direito e culpa (art. 159); a pretensão e a ação pela ofensa ao direito absoluto são ligadas à absolutidade desse: a pretensão e a ação de abstenção independem da culpa, porque aquela existe contra todos, e essa nasce do simples fato de se *esboçar* a determinação lesiva do sujeito passivo singular. Esboça-se essa com o simples temor ou preocupação de turbações futuras, como se caracteriza com a simples negação do direito absoluto. Os que negam a existência de pretensão *erga omnes,* em se tratando de direitos absolutos, discutem a respeito de ação e falam de pretensão: a ação é que há de ter sujeito passivo singular.

§ 618. Pretensão de segurança e caução

1.

Pretensão à prestação e pretensão à segurança. A pretensão pode ser à segurança da satisfação da pretensão e não à prestação. O dever e obrigação de quem a presta são dever e obrigação independentes de já existir a pretensão assegurada.

Caução é a segurança, que se dá, feita mediante negócio jurídico, à satisfação de pretensão atual ou futura. Diz-se fidejussória se, em vez de bem, é a assunção de obrigação que assegura a satisfação da pretensão. Todavia, em sentido estrito, cabe falar-se de cauções e de fiança, como espécies. Não só a caução assegura. A pena convencional é meio de segurança, sem ser medida de segurança, que o juiz decrete, nem caução voluntária. Os registros preventivos asseguram (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 5), 2ª e 3ª partes). De certo modo, a averbação do pedido de retificação do registro imobiliário (Lei nº 6.015, art. 167, II, 12)).

Asseguram o arresto, o sequestro e outras medidas cautelares. Por onde se vê que o conteúdo "segurança" é mais vasto que o de "garantia" e de "prevenção".

A caução pode ser para se exercer algum direito, pretensão, ou ação, ou exceção, e então é o caucionante que tem interesse em prestá-la; ou para se satisfazer dever de prestar caução *(cautio necessaria; e.g.,* ads. 419 e 420, 529, 554 e 555, 580, parágrafo único, 729-731, e 1.734, parágrafo único; Decreto-Lei nº 6.961, de 16 de outubro de 1944, art. 39. Resulta de negócio jurídico, ou de resolução judicial ou administrativa, ou de lei, diretamente *(e.g.,* caução do usufrutuário, ou à prestação de alimentos), ou de ato necessário ao exercício de algum direito, pretensão, ação ou exceção, ou ao afastamento do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção de outrem (ag., quando para se afastar o exercício do direito de retenção, art. 516). Hão de estar no sistema jurídico as regras sobre o modo e extensão da caução e sobre como se há de completar, se se torna in;uficiente. Se não há regras escritas, têm elas de ser reveladas.

2.

Caução, como se presta. Presta-se a caução pela consignação de dinheiro, ou de títulos da dívida pública; ou, se é o caso, de títulos que tenham cotação; ou pelo penhor de crédito hipotecário ou

pignoratício. Dc ordinário, exige-se que os títulos sejam da dívida pública e ao podador; aos títulos ao podador equiparam-se os endossados em branco. As leis não entram em pormenores da proporçao entre o valor que se quer assegurar, e o dos títulos caucionados, — o que seria, *de leqe ferenda,* aconselhável. Os créditos garantidos por hipoteca ou penhor são suscetíveis de penhor, considerando-se, então, bem móvel (Decreto nº 24.778, de 14 de julho de

1934, art. 19.

3.

Fiança em vez de caução. Sempre que a lei fala em caução e o que tem o dever d2 prestá-la, ou tem interesses em prestá-la, não no pode fazer, basta — salvo *lex specia lis* — que se preste *fiança* suficiente.

Se a caução (ou fiança) se torna insuficiente, deve ser completada. Se não no pode ser, presta-se de outra maneira *(e.g.,* em vez de caução, fiança). Todavia, o que recebeu a segurança pode satisfazer-se com ela, ainda se insuficiente, se poderia alienar, a seu arbítrio, o direito.

§ 619. Concorrência de pretensões

1.

Identificabilidade das pretensões; concorrência de pretensões. A pretensão é *identificável;* e duas ou mais pretensões podem concorrer. *a)* A pretensão, que é efeito do fato jurídico F, ou do direito F, nºo é a mesma que a outra, efeito do fato jurídico F ou do direito F‟. *b)* Se o fato jurídico, ou o direito, de que provêm, é o mesmo, aquela de que é titular A não se identifica com a de que é titular B. *c)* Se a prestação não é a mesma para duas pretensões, as duas pretensões não se identificam.

a) As pretensões qu a provêm de dois fatos jurídicos, ou de dois direitos, não podem ser uma só. Nos direitos reais, a pretensão do proprietário parece ser a mesma que ele tem, como locador, e como possuidor que perdeu a posse. No entanto, causas distintas fazem distintas as pretensões cada causa, uma pretensão. Se o cão de A, guardado pelo estabelecimento C, morde a B, há a ação do art. 1.527 contra A e a do art. 159 contra C. Quando o demandante pede a prestação e tem dúvida sobre a figura do negócio jurídico, ou do fato jurídico, ou argumenta com duas figuras, alternativamente, não há concorrência de pretensões: a duplicidade é só subjetiva, na mente do demandante. Também há alternação, sem haver concorrência, se só uma das pretensões se pode exercer (a pretensão *quanti minoris* e a redibitória; a pretensão ao adimplemento e a de perdas e danos pelo inadimplemento). Pode dar-se que existam duas ou mais pretensões, mas o exercício de uma extinga a outra, ou outras, ou se tenha, antes, de escolher Na concorrência propriamente dita, nem a existência simultânea, nem o exercício de uma tem influência na outra; salvo se a satisfação de uma importa satisfação da outra, ou das outras, porque, aí, todas se extinguem. Se a satisfação de uma só o é de parte da outra, subsiste no que corresponde ao resto.

b)

Se há duas pretensões, ou mais, e um só titular, há concorrência de pretensões. Se os titulares são dois, ou mais, necessariamente são duas, ou mais, as pretensões, e podem não concorrer As pretensões podem mudar de sujeito, sem que percam a sua identidade; tal como acontece com os direitos e assaz diferente do que ocorre com as relações jurídicas. Isso explica que a prescrição iniciada contra o titular da pretensão continue de correr contra o seu herdeiro (art. 165). Nas pretensões com sujeitos passivos totais, há identidade da pretensão, a despeito da direção em leque, dando a impressão de mudança subjetiva. Aqui, há a opinião de K Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 289), que viu, aí, relação jurídica, de conteúdo idêntico, de modo que a sucessão é, de regra, só no mundo fático (posto que ele não houvesse separado o problema da identidade da relação jurídica e o problema da identidade da pretensão). Contra, com razão, G. Planck *(Kommentar,* 1, 4! ed., 550).

No direito brasileiro, o art. 496, 2ª parte, diz que ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais. A regra do art 496, 2ª parte, é de grande relevância para a prescrição e os prazos preclusivos. Não se estabelece que o sucessor *jurídico* na

posse fica sujeito às situações em que se achava o antecessor (cp. Código Civil alemão, § 221): deixou-se a escolha ao sucessor; se a sua posse está em melhores situações, pode preferir que se abstraia do passado. A tradição foi nesse sentido (Ulpiano, L. 13, § 13, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2: "Demais, à posse viciosa não se pode agregar outra; mas, tampouco, a viciosa à que não no é", "Praeterea ne vitiosae quidem possessioni ulIa potest accedere: sed nec vitiosa ei, quae vitiosa non est"; L. 5, § 1, D., *de diversis tem poralibus praescriptionibus et de accessionibus possession um,* 44, 3; cf. Antônio Joaquim Ribas, *Da Posse e das Ações possessórias,* 41). A solução alemã, com a *accessio tem poris* necessária, dá quase os mesmos resultados práticos. Rente aos fatos, poder-se-ia, de *ture condendo,* estatuir que a posse, adquirida por sucessão jurídica, continua a anterior, no que é melhor ou igual. Tratando-se de transferência de dividas, o ato de assunção da divida é fato jurídico novo, e dele é que é efeito a pretensão. Pode haver pluralidade de pretensões, com o mesmo titular, e pluralidade de titulares, com unicidade de pretensão, devendo-se, então, lançar o problema do *exercício.* As vezes, um há de exigir ou pode

exigir por todos.

c) O *conteúdo* pode ser diferente, embora idênticos os outros elementos. Cada prestação, uma pretensão. Não importa se a relação jurídica é a mesma, ou se o mesmo o titular, ou se o mesmo o direito. O direito aos aluguéis, que tem o locador da coisa, é um só; a cada mês de locação nasce a pretensão. (O direito romano, por inspiração do seu processo, reunia todas as pretensões numa só *actio;* em verdade, para ele, a pretensão era uma só. O direito contemporâneo, mais especificamente "molecular" e "atomístico", debulhou a acho em pretensões distintas, como a pretensão reivindicatória e as das obrigações. E o *princípio da autonomia das pretensões.)* Por isso, quando no sistema jurídico se insere regra como a do art. 167, é para se abrir brecha ao princípio da autonomia das pretensões. No art. 178, § 10, IV, o princípio prevalece. Donde o problema: A prometeu a renda x a B, trinta vezes seguidas prescreveram as pretensões, de modo que, ao prescrever a última, já se havia ultrapassado o prazo máximo de prescrição das pretensões prescritas; tcontinuarão de correr, sem término, as prescrições? A falta de solução técnica legislativa não depõe a favor dos legisladores. ~Como resolver-se o problema?

Entendeu P. Langheineken *(Anspruch und Em rede,* 144 s.) que, além das pretensões periódicas, há a pretensão global, tanto que existe ação de prestações futuras. No contrato de constituição de rendas (arts. 1.424-1.430), abstraindo-se, por momentos, da renda vinculada a imóvel (direito real, ads. 749-754 e 1.431), há a prescrição das rendas que se vão vencendo (art. 178, § 10, li); e quer-se saber: *a)* se existe pretensão autônoma básica; *b)* se existe pretensão global *(Cesamtanspruch); c)* se o direito, não sujeito à prescrição, só irradia as pretensões às rendas temporárias, razão por que a lei só inseriu o art. 178, § 10, II. Se *a)* ou a prescrição da pretensão autônoma, ou global, é a do art. 177, 1! parte (vinte anos), que se há de contar da primeira omissão de exercício ou do vencimento da primeira prestação, respectivamente.

Como em *c),* L. Enneccerus *(Lehrbuch,* II, 31º-35º ed., 598); também 6. Planck *(Kommentar,* 1, 4º ed., 558 s.).

Como em *b),* P. Oedmann *(RediL der Schulduerhdltnisse,* 3ª-4ª ed., 921), O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* III, 803, e K. Sepp *(Der Leibrentenuertrag,* 85 s.). Há pretensão à renda em globo, tanto que a prescrição das pretensões às prestações pode operar-se, e não prescrever a pretensão global segundo o conceito de direitos unitários; e.g., o obrigado reconheceu o direito (art. 172, ou prescreverem aquelas e essa, por faltar qualquer outro ato interruptivo da prescrição. Quanto ao direito de renda constituída sobre imóveis, a ação do titular para haver as rendas é *real,* razão por que se estende às rendas vencidas antes da alienação *(aliter,* Código Civil alemão, § 1.107; cp. suíço, art. 792). O art. 750 éde direito cogente; qualquer convenção fica no plano do direito das obrigações. Veja Tomo VI, § 713.

2.

Pretensão global, unitária, do herdeiro. Quanto à pretensão global do herdeiro, sustentaram existir tal pretensão E Ritgen, em *6.* Planck *(Biirgerliches Gesetzbuch,* V, 154 s., e *Kommentar,* V, 3º ed., 217 s.) E

Herzfelder (em *J. o. Staudingers Kommentar,* V, 7!~8! ed., 273), E Kretzschmar *(Das Erbrecht,* 2! ed., 303), L.

Enneccerus (II, *3,* 19!~21! ed., 204 s.), Th. Kipp (em B. Windscheid, *Lehrbuch,* III, 9! ed., 537), P.

Langheineken *(Anspruch und Einrede,* 148 s.), O. Warneyer

(Kommentar, [1, 1.074) e outros; negaram-na 1(.

Hellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 62 **S.;** *Lehrbuch,* 1, 212 s.), J. Binder *(Die Rechtsstellung des Erben,* III, 363

S.; Vermógensrecht und Gegenstand, *Archio for Borgerliches Recht,* 34, 234), E Lent *(Gesetzeskonkurrenz,* 1, 242 s.), A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 273 s.). A questão está em se saber se *a)* há, apenas, pretensões distintas, às vezes diferentíssimas, ora reais ora pessoais (enriquecimento injustificado, reparação), que, não obstante, se tratam com regras próprias, sem que haja pretensão global ou autônoma, ou se *b)* há pretensão global, unitária, abarcando quanto o herdeiro possa reclamar do possuidor da herança, ou se *c)* há relação de todo às partes, como ocorre tantas vezes. A solução *c),* que é a de H. Siber *(Die Passivlegitimation bel der* rei vindicatio, 227 s. e 156), a nenhum resultado chega, porque não é essa relação matemática o que se nega. A solução *a),* que é a de K. Hellwig e outros, apenas facilita a solução de problemas relativos à litispendência e à coisa julgada, pois que se teriam de descrever, ou, pelo menos, designar os objetos da herança, a que se referiu a demanda. A favor da solução *a)* está: a construção do direito comum; o não se ter previsto o prazo de prescrição, o que tornaria imprecluiveis os direitos do herdeiro que derivassem de direitos registrados no Registro de Imóveis; o Código Civil, arts. 54,11, 55-57, cogita, claramente, do patrimônio e da herança como coisas universais ou universalidades e o art. 1.580, parágrafo único, alude à pretensão global, unitária (uerbis

"reclamar a universalidade da herança"). A prescrição é de vinte anos (arts. 177; cf. 6. Planck, *Rom mentor,* V, 237; F. Herzfelder, em *J. o. Staudingers Kommentar,* V, 279; sem razão, 1(. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 63). O possuidor da herança pode opor ao herdeiro, que pede a parte ou coisa individuada, o art. 1.580 e seu parágrafo único. Se a pretensão hereditária do art. 1.580 e parágrafo único se exerce para a restituição das coisas (propriedade e posse), é *real;* se se pede a herança, que contém direitos reais e outros direitos, é de natureza obrigacional (Fr. Leonhard, *Erbrecht,* 148). À parte real também pedence o pedido de retificação do registro. A parte real corresponde direito de separação, nos concursos; a parte pessoal é regida pelos princípios e regras concernentes ao enriquecimento injustificado. A sentença proferida não tem eficácia contra terceiros,

inclusive contra credores e devedores da herança.

3. *Pretensões* sucessivas. Do mesmo fato juridico ou do mesmo direito podem irradiar-se (diz-se) pretensões *sucessivas; e.g.,* se éimpossivel prestar-se (arts. 865, 2! alínea, 867, 870, 879 eta), surge a pretensão .à reparação. Discute-se *(a)* se a pretensão é *nova (6.* P]anck, *Kommentar,* II, 4! ed., 238 e 240; E Kleineidam, *Unniõglichkeit,* 107; W. Kisch, *Die Wirkung der nachtràglich eintretenden Unmãglichkeit,* 125; K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 261; A. Last, *Anspruchskonkurrenz,* 13 **5.;** A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 1, 274), ou *(b)* a mesma com mudança (econômica?) do conteúdo (P. Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 124; Fr.

Leonhard, *Die Beweislast,* 354; Zweigert, Leistungsklage hei verschuldeter Unmõglichkeit, *Das Recht,* 12, 417).

Ora, em vez de *(a)* e de *(b),* o que ocorre é (c): A *pretensão* é a mesma, o que aparece em ordem consecutiva são *ações.* Se A deve a E a coisa *a* e advém impossibilidade culposa, B continua com a pretensão, que tinha, mas, devido ao fato da impossibilidade com culpa, a ação é para as perdas e danos. Se não há coisa julgada, ou reconhecimento da impossibilidade pelo credor, a demanda pode ser por inadimplemento; só se há a coisa julgada, ou o reconhecimento da impossibilidade pelo credor, é que esse não a pode propor e tem de vir logo com a ação de reparação. Por outro lado, a prescrição concerne à pretensão, e não à ação.

Pois que a pretensão e a obrigação não se extinguem, a fiança e as outras garantias, como a penhora, permanecem (P. Oertmann, *RediL der Schuldverhãltnisse,* 124). Dir-se-á que, se foi declarada a impossibilidade, não mais se pode pedir a prestação primária (P. Oertmann, *Recht der Schulduerhãltnisse,* 104; C. Crome, System, II, 160; E Stein, *Uber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes,* 108; contra: Fr. Mommsen, *Die Unmôglichkeit der Leistung,* Beitràge, 1, 294; E. Rabel, *Die Unmõglichkeit der Leistung,* 12; W. Kisch, *Die Wirkung,* 122; E Kleineidam, *Unmõglichkeit,* 110). Ai, ou há coisa julgada sobre aquele *ponto,* e não seria de se admitir que se volve~se a pedir o impossível, ou ainda não há coisa julgada e a pretensão é dirigida ao cumprimento ou à indenização pelo não-cumprimento, por impossibilidade culposa, ou por simples recusa do devedor Se a impossibilidade não elide o direito (o crédito mesmo), é porque permanecem o crédito e a pretensão. A construção tem de ser rente

aos fatos, e não se levou em conta que o conteúdo da pretensão à prestação *a* se transforma em indenização *a',* para que o devedor se libere. Aliás, a ação é que é outra, não a pretensão. Se a impossibilidade, proposta a ação, ainda é discutida, sem que o juiz se convença, pode ele condenar o réu à prestação *a,* deixando a ulterior ação, ou na execução, a verificação da impossibilidade (cp. O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 470; mas sem razão, E Oertmann, *RediL der Schuldverhdltnisse,* 104; H. Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbdcher,* 50, 225, que levou o problema para o terreno do processo, negando que se possa deixar ao futuro a verificação). Aliás, na ação de prestação futura é implícita a reserva (6. Planck, *Kommentar,* II, 216), salvo se se exclui toda eventual impossibilidade.

4.

Pretensão à restituição e alienação eficaz pelo obrigado a restituir. Se o que estava sujeito a restituir a coisa não no faz, por tê-la alienado, eficazmente, responde pelo valor. A prescrição é a da pretensão reivindicatória, ou a da obrigação pessoal de restituir, conforme a espécie. Não há mudança do conteúdo da pretensão, de modo que só se tenha de cogitar da pretensão de enriquecimento (sem razão, E. Strohal, Bemerkungen, *Jherings JahrbOcher,* 34, 364, e R. von Mayr, *Der Bereicherungsanspruch,* 630). A ação é real, ou pessoal, e como tal persiste. Dá-se o mesmo se o possuidor da herança aliena a coisa que pedence à herança: a pretensão contra ele é real, e continua de o ser. E preciso não se confundam esses casos com os de concorrência de pretensões.

5.

Ilícito relativo e ilícito absoluto. Se só há ilícito relativo *(e.g.,* violação do contrato), a responsabilidade é segundo os arts. 1.056-1.058, e não segundo o art. 159, nem segundo os arts. 514 e 515. A pretensão dos ads.

1.056-1.058 é inconfundível com a que deriva do ato ilícito relativo ou da posse pelo não-proprietário. Se, em vez de violação contratual *só,* ocorre ato ilícito absoluto, é outra questão. Aí, há duas pretensões. Nem sempre o ilicito relativo é exauriente (= exclui pensar-se no art. 159).

6.

Direito de regresso e pretensão de regresso. No caso de *direito de regresso,* discute-se se a pretensão do credor pelo regresso é a mesma do credor pago. Pela afirmativa, A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* 1, 280 **5.):** fonte, pessoas e conteúdo são os mesmos, razão por que, na co-divida, as preferências nos concursos e as garantias *aderem.* A expressão "aderem" já acentua a dúvida. Diz o art. 913: "O devedor que satisfez a dívida por inteiro, tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua cota, dividindo-se igualmente por todos a do

insolvente, se o houver. Presumem-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores." E direito de regresso, que se não confunde com o direito que irradia da sub-rogação pessoal, legal ou convencional (arts.

985-990). No direito de regresso, o titular volta-se contra aquele por quem pagou; no direito oriundo da subrogação, o titular mete-se, por força de lei ou de negócio juridico, no lugar do sujeito que fora credor, até onde o substituiu, — *avança* contra o devedor *descontinuamente;* no direito oriundo da cessão de crédito, o titular, *sem descontinuidade,* substitui o credor, e também *avança.* O que faz a descontinuidade é o instante da *solução,* que não há na cessão. Entre o direito de regresso e a sub-rogação, o elemento "instante de solução" é comum, de modo que se há de basear noutro elemento qualquer distinção entre eles. O direito de regresso fundado no art. 1.520 nasce de ter o autor do dano, em estado de necessidade, solvido a divida. Se um dos co-devedores paga a dívida em sua totalidade, ou, pelo menos, em porção superior àque lhe corresponde na divida, ou nas quotas vencidas, pode ir com a pretensão de regresso contra os demais. O terceiro que paga a divida dos co-devedores não adquire direito de regresso: se é interessado, sub-roga-se nos direitos do credor; se o não é, tem a pretensão ao reembolso das despesas (art. 931), ou, se os devedores se opuseram, com justo motivo, ou quanto ao que se opôs, com justo motivo, a pretensão a haver o que enriqueceria os devedores (art. 932). O regresso dá-se pelo importe, sem as garantias e os privilégios; a sub-rogação transfere direitos, ações, privilégios e garantias (art. 988); a cessão de crédito somente abrange os acessórios, se não foi disposto contrariamente (art.

1.066, que é *ius dispositivum),* de modo que, se a fiança foi excluida da

cessão, o fiador continua responsável ao cessionário pelo pagamento da divida, e o direito de penhor, se foi excluido, se extingue. No direito de regresso, o titular, que pagou, pretende, regressivamente; no direito oriundo da sub-rogação investe-se no tempo, *progressivamente,* tal como se dá na cessão, salva a diferença quanto à continuidade, que caracteriza a essa. O

sujeito passivo do direito de regresso deve e deixou de dever a alguém no instante a, a que se seguiu *b,* ou passou a dever desde *b.* Na cessão, não se deixou d2 dever, porque o cessionário substitui o cedente, e desde o momento de eficácia da cessão contra o devedor, que é o instante *a,* o cessionário é credor, porque o cedente deixou de o ser, sem qualquer solução de divida. Na sub-rogação legal, há solução de dívida; e o titular insere-se como sujeito ativo:

não há *volta* contra o devedor; há *ida,* em vez do sub-rogado. Por força da lei, os direitos, pretensões, ações e exceções são os *mesmos.* No direito de regresso, não: os direitos, pretensões, ações e exceções são *novos,* caminhando para o passado (cf. nosso *Tratado de Direito Cambiário,* 1, § 92 s.). Por onde se vê que o conceito de direito de regresso, que se encontra em A. von Tuhr, é falso. Nem é verdade que seja idêntico o fato juridico de que resultam a *pretensão originária* e a *pretensão de regresso.*

7.

Concorrência de pretensões de reparação. Pode haver concorréncia de pretensões, em se tratando de danos para as quais se invoque o art. 15 do Código Civil, ou o art. 37, § *6º,* da Constituição de 1988, ou o art.

1.521, *verbo* “também”, e o art. 159. Isto é: pretensão para haver indenização, dirigida contra a pessoa jurídica (art. 15) e pretensão, dirigida contra órgão, como pessoa culpada (art. 159); pretensão para hav2r indeni~ação dirigida contra as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (Constituição de 1988, art. 37, § 69 e pretensão dirigida contra seu agente, *e.g.,* funcionário público. É preciso que, a respeito de cada sujeito passivo, estejam satisfeitos todos os pressupostos da pretensão; mas épossível que o sistema jurídico haja estabelecido que uma pretensão se tenha de exercer *antes* da outra, ou que a lei especial quebre a concorrência, só admitindo uma pretensão e dando ao sujeito passivo a ação regressiva. A respeito do art. 15, nenhuma regra juridica se redigiu, de modo que a concorrência é

legalmente possível, porque é o principio geral: ainda que uma só a prestação a ser exigida, se os pressupostos para o nascimento de pretensões se juntam e surgem dois ou mais obrigados, dá-se a pluralidade concorrente de pretensões. Quanto ao art. 1.521, pressupõe-na, salvo se uma das pessoas não é delitualmente capaz. Resta o art.

37, § *6º,* da Constituição de 1988. Põe-se a questão, dizendose: se o funcionário público teve culpa (Código Civil, art. 159), ja ação pode ser dirigida contra ele, em vez de o ser contra o Estado? Noutros termos: a alusão do art. 37, § 6% à ação regressiva, estabelece que a ação *somente* pode ser dirigida contra o Estado? A 6º

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de outubro de 1948 *(RT* 177/853), respondeu admitindo que tanto se pode ir contra o Estado como contra o funcionário público:

"Em se tratando de ação reparatória de perdas e danos oriundos de denunciação caluniosa, nada impede que o delegado de polícia seja acionado diretamente ou individualmente pela vítima de prejuízos decorrentes de prisão ilegal, no juízo comum. Não há litisconsórcio necessário entre o Estado e a autoridade policial, nem está a vítima inibida de intentar a ação apenas contra esta, com exclusão daquele. A opção é perfeitamente admissível, no caso. Também não há negar a possibilidade do lítísconsórcio passivo estabelecido pelo autor, ante o entrosamento dos fatos e a íntima correlação obrigacional entre o denunciante e a autoridade policial que ordenou a prisão."

557

§ 620. Cedibilidade das pretensões

1. Cessão *de pretensão.* A pretensão não é o direito; o direito pode existir sem ela. A pretensão pode extinguir-se, sem que o direito se extinga; pretensões há, que podem ser cedidas, sem que se ceda o direito. Quanto às pretensões pessoais, de regra o cedêlas importa em ceder-se o crédito. Quanto às pretensões reais, a regra é serem cediveis sem cessão necessária do direito, salvo se se esvaziaria o direito mesmo *(e.g.,* cessão da pretensão de abstenção geral). A respeito de

bens móveis, o art. 621 diz: “Se a coisa alienada estiver na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indireta pela cessão que lhe fizer o alienante de seu direito àrestituição da coisa.” “Direito” está, aí, por “pretensão” *(actionis cessio).* Direito e pretensão reivindicatória ficam com o novo proprietário; aliás, o mesmo ocorre, se, em vez de reivindicação, se trata apenas de pretensão obrigacional. O proprietário da coisa móvel pode transferir a propriedade, ainda que não tenha a posse imediata: ou pelo constituto possessório (arts. 620 e 675), ou pela *cessio actionis* (cessão da pretensão). A pretensão não pode ser cedida, se o direito fica sem eficácia; se a transferência do direito não se pode dar sem que se ceda a pretensão, a cessão dessa éelemento do suporte fático da transferência. Se o propósito do cedente da pretensão reivindicatória não é transferir a propriedade, como acontece a quem aluga a coisa reivindicanda, ou provi-dencia para que seja depositada, a pretensão é cedida sem que se ceda o direito. Não se diga que, aí, a cessão da pretensão não tem a mesma eficácia que a cessão de créditos. Pudera não! O que se cede é a pretensão e a *cessio vindicationis* não retira a irradiação do direito, razão por que o cessionário, ainda que saiba da cessão, pode prestar ao proprietário, eMinguindo-se a pretensão. Se o proprietário cedente transfere a propriedade a outrem, o outorgado recebe a propriedade com a cessão da pretensão reivindicatória, ou não adquire: se o adquirente, na primeira espécie, exerce a ação reivindicatória e obtém a entrega, cxtinguiu-se a pretensão de reivindicação. Se o cessionário havia reivindicado e assumido a posse em nome próprio, tem o proprietário pretensão contra ele. Daí não se tire que as pretensões reais e pessoais não podem ser cedidas e, se o são, é que foram cedidos os direitos de que emanaram.

2.

Renunciabilidade e irrenunciabilidade. As pretensões só são irrenunciáveis, quando a renúncia implicaria tirar-se toda a eficácia ao direito. Ora, se o credor cede só a pretensão, reservando-se, pois, o exercer o crédito sem o exigir *(e.g.,* por meio de compensação, ou de *ius retenlion is),* claro que não cedeu o direito, nem fez remissão de dívida. A cissura é perceptível.

§ 621. Extinção das pretensões

1.

De como se extinguem as pretensões. As pretensões extinguem-se: *a)* pela satisfação, se não são permanentes as prestações, pois, se o são, só se extinguem as que foram satisfeitas (pretensões saturadas, saturierte *Ansprúche* de P. Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 246 s.) b) pela extinção do direito, de que proveio, sem ser verdadeiro que, extinguindo-se a pretensão, se extinga o direito; *c)* pela superveniência de regra jurídica que deixe incólume o direito, mas elimine, no mundo jurídico, o efeito-pretensão.

Quanto aos direitos de dele se irradia e se pode pretensão. Mas, se alguma manece.

crédito, se só uma é a pretensão, que irradiar, extingue-se o direito com a pretensão pode nascer, o direito per 2. *Extinção em caso de concorrência de pretensões.* Se há concorrência de pretensões e identidade de prestação, a satisfação de uma extingue a outra, como se o titular, pedindo *a,* pela pretensão *a,* a satisfação extingue a e *a',* outra pretensão com a mesma prestação, ou se, podendo pedir a A *a* e a E *a',* o havêla de A extingue a obrigação *a'* de B. Idem, se há cláusula penal para o ato ilícito *a* e B o pratica, incorrendo em culpa segundo o art. 159. Duas pretensões, a satisfação de uma das quais extingue a outra (cp. art. 919).

Se há concorrência, ao titular cabe a escolha para o *exercício.* Mostra o suporte fático, aponta a regra jurídica e pede ao obrigado o atendimento, ou, através do Estado, a aplicação da lei.

Se há concorrência de pretensões, com ou sem identidade de prestação, o *exercício* de uma não extingue a outra, nem há exceção de litispendência, nem a sentença desfavorável na primeira ação, que se propós, é exceção à propositura da outra. Apenas a *satisfação* de uma torna sem objeto a outra (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 109). Essa consequência é ipso *iure,* salvo se se trata de relação jurídica abstrata de obrigação, porque então se tem de trazer à tona o que pertence ao negócio jurídico subjacente a execução forçada da venda

e compra, se se cobra o titulo cambiário).

Cada pretensão concorrente tem o seu prazo prescricional. Se se pode pedir pela ação de comodato ou pela ação reivindicatória, a citação naquela não interrompe a prescrição da ação de reivindicação. Podem ser alienadas separada e independentemente. Se o ato interruptivo se referia a todas, ou se foram cedidas todas, é questão de fato.

3. *Concorrência alternativa.* Na concorrência alternativa, que se pode dar entre pretensões, ou entre pretensão e ação constitutiva negativa, como pretensão de perdas e danos por inadimplemento e ação de resolução (art.

1.092, parágrafo único), ao titular cabe a escolha: redibição ou diminuição do preço (arts. 1.101-1.106), perdas e danos ou pena convencional (art. 918). Na obrigação alternativa, não há concorrência de pretensões; porque a alternação é quanto à prestação e *antecede* ao exercício, — somente serve àdeterminação do que se há de prestar. Nem, no caso de impossibilidade da prestação, a pretensão à reparação concorre com a pretensão para adimplemento: nem há, aí, concorrência, nem alternativa, nem, sequer, duas pretensões: a pretensão é a mesma; muda a ação.

4. *Relação de subsidiariedade.* Não se confunde com a concorrência a relação de subsidiariedade entre pretensões: uma tem de vir antes da outra (arts. 397, *in* .fine, 968, parágrafo único e 1.491).

Capítulo II

Ações

§ 622. Pretensão e ação

1.

Princípio geral da acionabilidade das pretensões. E hoje princípio

fundamental do direito privado que a toda pretensão corresponda ação que a assegure (cf. Código Civil, art. 75: "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."). Onde há pretensão há, se ocorre óbice, a ação respectiva (O. Fischer, *Recht und Rechtsschutz,* 65 **5.;** P. Eltzbacher, *Die Unterlassungsklage,* 81; O.Geib, *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestãtigung,* 29).

De modo que as espécies ou os casos, em que isso não se dá, são excepcionais; e podemos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou pretensões mutiladas. A mutilação pode ser na exigibilidade extrajudicial, ou na exigibilidade judicial (não se falando aqui no que não interessa ao direito material: no corte do rito sumário, por exemplo), ou em toda a exigibilidade. Temos caso de corte de parte da exigibilidade extrajudicial no *pactum de* non *compensando.* É corte de toda a exigibilidade judicial qualquer um que atinja a ação toda. Discutiu-se se podem ser amputadas a exigibilidade por ação e a exigibilidade fora da ação.

Naturalmente, tal pretensão não é mais pretensão. O que se amputou, mutilando-se o direito, foi a própria pretensão. Para que reste algo de pretensão, é preciso que, de todos os seus elementos constitutivos, *pelo menos* um não haja sido eliminado. Sempre que a pretensão só se pode exercer em ação, há pretensão sem exigibilidade extrajudicial e há ação (judicial). Pode dar-se que ela não tenha aquela e a ação ainda não tenha nascido; então a pretensão existe: é pretensão sem exigibilidade extrajudicial e de exigibilidade judicial *fritura.*

A exigibilidade potencial basta ao conceito de pretensão.

Porém há um ponto que ainda merece referência. A exigibilidade através de órgáos do Estado ou de como que tutele o direito *(e.g.,* juízo arbitral, obrigatório ou não) não se limita à justiça. Quando se fala de acionabilidade e de exigibilidade judicial como sinônimos, parte-se do *qúod plerum que fit.* Somente com essa advertência é possível usar-se a sinonímia. Os õrgãos estatais não-judiciais e os cornos não-estatais (se o monopólio estatal da tutela jurídica o permite) apresentam espécies de exigibilidade que não éa auto-satisfativa. Também ocorre, por vezes, que a pretensão perde apenas essa via (administrativa, arbitral, insertiva no orçamento) e conserva a ação perante a justiça. Essa é, portanto, espécie (ou uma das direções) da ação e leva à "ação" processual.

Não se pode excluir, ainda nos casos que não são de ações de prestação (ações condenatórias), a pretensão do

autor; nem mesmo, quando não é ele que tem a ação, se poderia eliminar a pretensão, que aí se separa da

"acionabilidade" processual, por ser de outra pessoa. Inclusive nos casos de ação declaratória e de ações constitutivas positivas ou negativas (O. Geib, *Rechtsscbutzbegehren und Anspruchsbestãtigung,* 11 s.).

2.

Ação (direito material) e "ação" *(direito processual).* A ação exerce-se principalmente por meio de

"ação" (remédio juridico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, podanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica.

A coerção jurídica nem sempre é judicial. Há, por exemplo, a compensação, que é jurídica, e não é, de regra, judicial: nela, éevidente o fato de auto-satisfação do credor Há a excepcional defesa própria *(e.g.,* Código Civil, art. 502), que em verdade é o anterior, historicamente, à execução forçada, e o exercício da coerção física que o Código Civil excepcionalmente permite (sem razão, H. Titze, *Die Notstandrechte,* 32).

3 *"Ação" judicial e* "ação" *administratiua.* À ação corresponde ou a "ação" (judicial), ou a "ação administrativa" (qualquer que seja o nome que se lhe dê), trate-se de tribunal administrativo, ou de simples administração, e a "ação em juízo arbitral ou outro corpo não-estatal, ou paraestatal, ou qualquer, ou a açao própria, em justiça de autotutela. Se qualquer desses caminhos lhe é fechado, ou se lhe obstrui, nem por isso deixa de existir a ação; porque tais cortes são no direito processual, ou no direito público, provavelmente constitucional. O corte total ou parcial da ação tem de ocorrer no

direito material. A ação não é a constelação dessas "ações"; mas o sol do sistema.

4.

Pretensão sem ação *e falsa ablação da ação.* A pretensão sem ação é pretensão que não pode ser *Jorçadamente* executada, embora exeqtiível por outros meios que o direito admita: a pretensão a executar está à base da "ação executiva", porém essa não a enche toda. Há ações acionáveis, porém não acionáveis execu-tivamente *(e .g.,* a ação de restabelecimento da vida conjugal, a ação de locação de serviços contra o locador).

(a) Pretendeu-se que a pretensão a que outrem não faça seria desprovida de ação. As *obligationes* in *non Jaciendo* não corresponderiam ação de abstenção. A ciência pôs fora essas dúvidas e a existência de ações como as do Código de Processo Civil, arts. 287, 461 e 632-642, bem assim arts. 644-645, é significativa.

Também não é desprovida de ação a pretensão, à qual ainda não nasceu a ação; ainda que o nascimento da ação dependa de fato não-humano, e não de fato humano, ou dependa de denúncia (a denúncia é exercício de pretensão; sem razão, M. Lesser, *Der Inhalt der Leistungspjlicht,* 73; com razão, Hans Reichel, Unklagbare Ansprúche, *Jherings JahrbOcher,* 59, 419), não é ser desprovida de ação a pretensão a que ainda não surgiu a ação de condenação.

(b) Pretendeu-se também que as *obligationes natu rales* fossem correlatas dos direitos obrigacionais sem ação: seriam pretensões pagáveis, porém não acionáveis. A equivalência é falsa; tanto mais quanto as pretensões inacionáveis quase sempre podem ser declaradas: são "pretensões — (ação — ação de declaração)". A tentativa dc explicar as pretensões sem ação pela *obligatio naturalis* já de início é condenável, porque ainda hoje (e provavelmente sempre) não há acordo entre os romanistas sobre a *teoria* romana das obrigações naturais; e a razão está em que o direito romano não teve a teoria. O que A. D. Weber, em 1784, escrevera, no prefácio da sua obra sobre "a evolução sistemática da teoria da obrigação natural e de sua eficácia judicial", ainda perdura na ciência: a teoria, qualquer que seja, falha. Ainda se lhe inserimos a distinção de H. A. Schwanert entre *obligatio naturalis* e *naturale debitum.* Explicar o fácil pelo difícil seria

desaconselhado; se não há conceito unitário de obrigação natura!, todo esforço de explicação seria e é inútil. A literatura inteira, que se avolumou em séculos, não chegou à solução; nem podia.

(c) Utilizando-se os conceitos de dívida *(Schuld)* e de responsabilidade *(Haftung),* tentou-se explicar o direito sem ação como dívida sem responsabilidade *(Schuld ohne Haftung).* Ora, o termo *Haftung é* suscetível de mais de um sentido, quantitativamente; de modo que, para alguns juristas, nessa dívida sem ação ainda estaria responsabilidade (= ser exigível a dívida, por ação ou sem ela): e haveria responsabilidade na dívida compensável *(e.g.,* E. Dúrnchen, Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbticher,* 54, 406; C. von Schwerin, *Schuld und Haftung,* 15). Com o conceito de responsabilidade, dar-se-ia o mesmo que com o conceito de obrigação natural: explicar-se-ia o que é unidade pelo que é suscetível de mais de um sentido.

557

5.

Pretensão à tutela jurídica e renunciabilidade das *pretensões.* A pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, ainda que seja renunciável o direito, a pretensão, ou a ação, que, invocando aquela, a parte deduza *in iudicium.* Contrato ou outro negócio jurídico sobre aquela pretensão seria contra-senso (cf. K.

Hellwig, *Prozesshandlung und Rechtsgeschãft, 47).* Nem se poderia admitir tratar-se de *contractus minus quam parfectus.* Outra coisa é a renúncia ou o contrato eliminativo da ação (direito material a deduzir-se em juízo): a) quanto ao direito, pretensão ou ação deduzíveis, se o direito éirrenunciável, pretensão e ação também são irrenunciáveis; se o éa pretensão, a ação também o é; *b)* sempre que o direito, a pretensão e a ação envolvem dever, esse é irrenunciável e, pois, a sua irrenunciabilidade contagia-se ao direito, à pretensão, ou àação; *c)* ainda que renunciáveis o direito, a pretensão e a ação, a pretensão á tutela jurídica é irrenunciável. Se o direito foi mutilado, ou a pretensão o foi, ou a ação foi cortada, é renunciável o direito a alegá-lo, se a mutilação ou o corte não proveio da lei; porém nunca o direito do réu à pretensão à tutela jurídica.

§ 623. Precisões sobre o conceito de ação

1.

Ação no sentido do direito material. Ao conceito de ação, no sentido do direito material, não é preciso fazer-se qualquer referência ao juízo em que se deduza. A ação existe durante todo o tempo que medeia entre *nascer* e *preciuir,* ou por outro modo se extinguir. Como veremos, a prescrição não a faz precluir; só lhe encobre a eficácia. A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidenta], tão estranha ao conteúdo daquela (= tão anterior é ela ao monopólio da justiça pelo Estado), que se pode dar (e éfrequente dar-se) que se deduzam em juízo ações que não existem, tendo o Estado, por seus juizes, de declarar que não existem, ou não existiam quando foram deduzidas.

2. *De quando nasce o ação.* A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, *(a)* quando a pretensão exercida não ésatisfeita e o titular *age* (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões) ou *(b)* quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura. Assim, a) enquanto o direito de propriedade, os outros direitos reais e outros direitos com sujeitos passivos totais vêm sendo atendidos pela não-ingerência de outrem (= continuidade da omissão, ou continuidade de atos, que eles exigiam), não há ação; *b)* enquanto os outros direitos (com sujeitos passivos não-totais) não sofrem com a interrupção da conduta duradoura (= com o omitir ou com o fazer), ou com a falta de ato em determinado momento, não há ação; e) enquanto os direitos, de que se falou em a), não têm de ser reintegrados em elementos seus que serviram a outros direitos, não há ação. Se já passou em julgado sentença, a ação foi satisfeita; não há mais ação, salvo as que resultem da eficácia da sentença. O

fundamento dessa cessação da ação é o mesmo da existência do plano processual, superposto ao do direito material.

3. *"Ação»* sem *haver pretensão.* Pode ser que a "ação" seja o único elemento que se refira ao direito; e os casos, que não são raros, provam, por si sós, que a "ação" pode existir sem a pretensão (ou sem o resto da pretensão). Tal o que ocorre com os direitos formativos, ou

sejam geradores, ou modificadores, ou extintivos, se exerciveis por "ação" *(aliter,* se apenas há pretensão ou se há direito e pretensão à constituição positiva, modificativa, ou negativa). Quanto às ações declarativas positivas, há pretensão à declaração, e há ação; quanto às declarativas negativas, a reação do autor à afirmação do réu apresenta-se como pretensão e ação e já antes o estudamos. A ação de arresto e outras medidas de segurança, em casos dc direitos futuros ou incertos e outros semelhantes, são ligadas a pretensões dz segurança.

4. *Ação e tutela jurídica.* A ação é inflamação do direito ou da pretensão. "Direito de ação", no sentido privatístico, é expressão que se deve evitar: há ação, se k direito, ainda que de outrem; direito de ação é confusão entre ação e a ligação dela ao direito. A confusão vai mais longe, porque, no direito público, se fala de direito de ação *(Klagrecht)* como de direito subjetivo à tutela jurídica, que corresponde a p.etensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a "ação". Ora, deduzindo-se *in iudicium,* há direito deduzido, pretensão deduzida o ação deduzida; não há direito àpretensão, nem direito à ação. Direito de ação seria o direito de

"ação", direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a "ação". Ora, se não se têm, rente à vida

jurídica, os olhos, se não se chega a noções claras, tudo se confunde e baralha, com prejuízo para a ciência e para a justiça. O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício dessa pelas "ações", édireito, no mais rigoroso e preciso sentido; o Estado não é livre de prestar, ou não, a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si a tutela jurídica, a justiça. Vai longe o tempo (1888) em que o tentou negar J. Kohler *(Der Prozess ais Rechtsverhãltn is,* 13). O Estado tem o dever correspondente a esse direito, que é direito subjetivo e dotado de pretensão, um de cujos elementos é a "ação", o remédio jurídico.

§ 624. Classes de ações

1.

Classificação das ações segundo a *carga de eficácia.* As ações ou são *declarativas* (note-se que as relações jurídicas, de que são conteúdo direitos e pretensões, ou de que direitos ou pretensões derivam, antes de tudo *existem);* ou são *constitutivas* (positivas ou negativas; isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas); ou são *condenatõrias;* ou são *mandarnentais;* ou são *executivas.*

2. *Ações. a)* A ação declarativa é ação a respeito de *ser* ou *naoser* a relação jurídica. Supóe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por ele não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se *não é* a relação jurídica de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação jurisdicional consiste em simples clarificação. Tem havido certa lentidão e certa dificuldade em perceberem os juristas que da existência do direito de B contra mim, nascido de relação jurídica entre mim e B, deriva, para mim, o dever de reconhecê-la e, pois, aos seus efeitos, e para ele o direito, a pretensão e a ação para isso. Se não existe essa relação jurídica, que B afirma existir, e tenho interesse em pôr-se *claro* (= declarar-se) que não existe, a promessa de tutela jurídica de incidência de regras jurídicas, que o Estado faz a todos, estaria sacrificada, se não tivesse eu direito, pretensão e ação para a declaração negativa. A *vocatio in ius* traz B à declaração positiva ou à negativa. Se afirma que a relação jurídica existe, a minha ação é negativa, e própria; se *também* diz que não existe, o Estado tutela o direito, declarando esse "vazio de relação jurídica", ou negando-o, e ao mesmo tempo exerce a sua função de pacificação social. Veja o § 617, 4.

O

direito romano já reconhecia algumas ações declarativas, as chamadas *actiones praeiudiciales.* E

frequente a ação, ou a questão prejudicial, ou o ponto prejudicial, em julgamentos declarativos prévios; daí as primeiras descobertas, timidas, da especificidade da declaração sentencial. A ação declaratória, geral, autô-

noma, com o seu conteúdo delimitado e definido, só se alcançou no direito contemporâneo; e ocorre, sempre que haja interesse jurídico na declaração, quer positiva quer negativa. O interesse jurídico há de consistir na prestação jurisdicional de declaração da existência, ou inexistência, de relação jurídica, ainda futura, se nela está, ou estará, ou se dela decorreu, decorre ou vai decorrer direito, pretensão, ou ação, ou exceção, ou se há de o autor defender-se, ou excepcionar, no futuro, quanto a tal direito, pretensão ou faculdade. A espécie única de ação declaratória respeito a fato (= acontecimento do mundo fático) é a concernente àdeclaração da falsidade ou autenticidade de documento. A ação não cogita, diretamente, do direito, ou do dever, ou da pretensão, ou da obrigação, ou da exceção; mas da *relação jurídica* que existe, ou não existe, inclusive se há termo, ou condição, ou se se trata de relação jurídica de que só surgem direitos formativos, ou, *e.g.,* se se trata de declarar estranho à porção legitima algum filho. Não importa se a relação jurídica é básica, ou intrajurídica (eficácia de outra). O

conteúdo de disposição de última vontade é interesse jurídico suficiente, se já eficaz. Se há interesse jurídico distinto, na declaração, a relação jurídica já dotada de outra ação *(e.g.,* de condenação) pode ser objeto de ação declaratória.

Basta a negação ou a afirmação da existência, por parte do outro sujeito da relação jurídica, ou de alguém que poderia litisconsorciar-se necessariamente, para que se caracterize o interesse jurídico. Porém nem sempre o interesse jurídico depende de que o outro termo da relação jurídica negue, ou afirme *(e.g.,* sobre a duração da fiduciariedade). As circunstâncias podem mostrar que, sem negar, ou afirmar, o demandado deu ensejo a nascer a ação declaratória.

Nada obsta a que se dê à ação declaratória caráter de ação prejudicial,

ou que, se está em causa, ai, questão de inconstitucionalidade de lei, se peça o *per* saltum. A propositura incidental depende do direito processual.

b) De regra, a ação constitutiva prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta,* quando se exerce a pretensão à

tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da *res in ludicium deducta,* pretensão constitutiva (há no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, que éa especialização, pelo exercício, da pretensão à tutela jurídica em pretensão constitutiva). Então, o titular da ação age para a constituição, a que tem direito, ou por ato próprio (direito de denúncia, direito de resolução), ou atrav.~s de ato judicial (sentença), ou de outra autoridade que o juiz. Pode dar-se, porém, que a ação de constituição se ligue à pretensão que não foi cumprida (espanta que o desconhecesse L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 579): no mandato irrevogável *(aliter,* se há procuração em causa própria, pois ai se separam o direito e a pret□nsão), se o m2ndante se opõe àlavratura da escritura pública, tem o mandLtário ação para a constituição positiva como conteúdo próprio da sua pretensão constitutiva.

As ações de nulidade e dc anulação, de rescisão, de resolução e de resilição são constitutivas negaivas. A de revogação, também, mas vindo de mais fundo no desconstituir, — desde o suporte fático, onde está a *vox.*

Há casos, todavia, que, se bem que pareçam ser, não são de ações constitutivas. Por exemplo, à mulher compete a direção e a administração do casal quando o marido está em lugar remoto, ou não sabido (art 251, 1) e, naturalmente, para essa investidura não precisa de ato judicial que lha dê, porque, se assim não fosse, a sua administração (art. 251, parágrafo único, 1) seria, antes, de fato, dependente de eficácia *ex tunc* da sentença (exceto, está claro, para os atos que não dependeriam de ocorrência do art. 251, isto é, para os atos previstos nos arts. 246-248). Se não épreciso o ato judicial para a investidura da direção e administração do casal com base no art. 251, 1, qualquer ação a respeito édeclarativa; se fosse preciso, a ação sería constitutiva positiva. Aí estaría, portanto, um dos raros casos de ação

constitutiva positiva. Nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 94, pr.), previa-se o caso do ausente, que "nom teve molher, ou padre, sob cujo poderio fosse ao tempo de seu cativeiro", sendo administrados os bens pelo juiz e o curador, "tanto que lhe notificado o requerido for por qualquer do povo". A regra jurídica passou às Ordenações Manuelinas (Livro 1, Título 69) e às Filipinas (Livro 1, Título 90). A investidura é por ato da mulher e a seu risco. *A fortiori,* nos casos do art. 251,11 e 111, porque, aqui e ali, há eficácia *anexa* da sentença. A ação do marido para que cesse a eficácia da sentença de separação do dote (arts. 308 e 309) é constitutiva; mas negativa do estado que a sentença produzira: como a da separação fora negativa, é ela positiva (reconstitutiva). A ação de demarcação, quando vai até a divisão, não é constitutiva positiva (sem razão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 580), e sim, ainda quando divida, executiva (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939,* III, *1,* 397-442). Também não é verdade que, no direito comum, tenham sido de constituição as três ações de divisão. A ação de separação judicial, como a de nulidade ou a de anulação do casamento, é constitutiva negativa.

c) As ações de condenação supõem que aqueles, a quem elas se dirigem, tenham obrado *contra direito,* que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados *(con-damnare).* Não se vai até à prática do con-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danação, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. A ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático *o* que a condenação estabelece no plano jurídico.

d) A ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental.

e) A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem *(ex-sequor, ex-secutio).* No definir títulos executivos e em apontá-los, o direito material reputa-os suficientes para começo de execução (cognição incompleta). É

comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo *lex specia lis.*

§ 625. Interesse de agir

1.

Interesse econômico e interesse moral. No Código de Processo Civil, art. 39, disse-se: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade." O princípio, que aí se formula, é o *princípio da necessidade da tutela jurídica ou interesse da tutela jurídica.* Na ação declarativa, há de existir interesse em se obter a declaração; na ação constitutiva, o de se conseguir que o juiz constitua o direito, a pretensão, a ação, ou

a exceção; na ação condenatória, o de ser condenadi a prestar aquele contra quem se demanda; na ação mandamental, o de que alguém, a quem o juiz manda, cumpra o mandado judicial; na ação executiva, o de que se passe de um patrimônio para outro algum bem da vida. A necessidade, de que se trata, é a necessidade objetiva da tutela pelo juiz, sem se ter de indagar se, no autor, havia, ou há, a necessidade subjetiva da propositura da ação. Quando o juiz acolhe a preliminar da falta de interesse, não julga improcedente a ação, nem ilegitimado, ativamente, o autor; apenas lhe declara a falta do interesse na tutela judicial. O único elemento extradeclaratório é o de condenação nas custas. A regra jurídica do art. 32 do Código de Processo Civil é de direito material da justiça, de direito público; portanto, não formal. Nem seria de admitir-se que pertença ao direito privado, como parecia a James Goldschmidt

(Der Prozess ais Rechtslage, 395, *Ziuilprozessrecht,* § 12, nº 4, nem que seja pressuposto da sentença de fundo, como sustentou Leo Rosenberg *(Lehrbuch,* 54 ed., 367). A decisão sobre a falta de necessidade de tutela jurídica supõe que o demandante possa alcançar a finalidade sem pedido à justiça, ou que a justiça nada possa fazer. O pressuposto é de ordem pré-processual.

2. *Interesse e tutela jurídica.* O interesse, de que se trata, é, por conseguinte, precisamente, o int2resse pré-

processual em que se tutele o direito. Se há caminho presto, só dependente do titular do direito, como se tem ele dinheiro do réu, com que possa por algum efeito jurídico compensar, sem necessidade de decisão judicial, não precisa ir a juízo. Se o bem pereceu e cabe a indenização não há ação para havê-lo em natura; não há falta de interesse. Não se deve entender o art. 39 do Código de Processo Civil no *sentido* de *Pos d'interêt, pos d'action,* ou *L'interêt est la mêsure des actions, L'interesse é Ia misura deile azioni.* O interesse, de que se fala no art. 3º, é estranho ao conceito de ação, em direito material. O princípio da necessidade da tutela „jurídica apanha quaisquer ações, declarativas, constitutivas, condenatórias, manda-mentais, ou executivas, oposições, litisdenunciações, reconvenções, embargos do devedor ou de terceiro, arresto e outras medidas cautelares.

Alguns acórdãos aludem *à* capacidade, à qualidade e ao interesse como pressupostos de admissibilidade da ação *(e.g.,* 34 Câmara do Tribunal de Ap3l3çáo de São Paulo, 5 de maio de 1943, *RT* 147/553); mas aí está repetição de erro grave de juristas franceses, entres os quais, ainda há pouco, Laborde-Lacoste *(Précis élémentaire,* 2º

ed., 86): capacidade não é pressuposto de admissibilidade e a qualidade resulta do interesse justamente delimitado (A. Schõnke, Das RechtsschutzbedorJnis, 42). O interesse, de que se fMa no art. 76, não é *quid medium* entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, como parecia a E. Jaeger (recensão de Weismann, *Lehrbuch,* na *Zeitschrift fOr deutschen Zivilprozess,* 40, 125; *Kommentar,* II, 6º-7º ed., § 146, nota 1), nem está embutida na pretensão, ou no direito. E pré-processual.

3. *Interesse moral.* No Código Civil, art. 76, parágrafo único estatui-se: "O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou *à* sua família." A regra juridica é de direito judicial material. Supõe o princípio da necessidade ou interesse da tutela jurídica, implícito no sistema jurídico brasileiro, antes mesmo de se redigir o art. 39 do Código de Processo Civil. Apenas se vai precisar que o interesse moral há de ser do próprio autor, ou tão ligado a interesse comum da família que se possa considerar próprio. O art. 76 nada tem com o direito, a pretensão, a ação, ou exceção, que é matéria da *res in iudicium deducta.* O sistema jurídico adota o princípio de não tutelar aquele direito, pretensão, ação ou exceção, para o qual falta interesse econômico ou moral. Tem esse razão, talvez; porém não para litigar. Se a sentença em nada adiantaria ao autor, não tem o juiz o dever de sentenciar, desde que declare essa falta de qualquer interesse. O Estado não anima a litigar os que, vencedores, nada obteriam da vitória (cf. 44 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de

março de 1949, RT 180/255).

O interesse moral não pode ser determinado por linhas de parentesco, grau em que a sucessão se dá, ou outro critério rígido. Pode A não ter qualquer interesse moral em que o se declare ter sido extemporâneo o protesto da letra de câmbio por falta de aceite, e pode tê-lo. (a) No art. 76 não se disse que ao interesse econômico, ou moral, corresponde ação. Se bem que até isso já se haja escrito, nada mais absurdo. Ação pode corresponder a direito, a pretensão, ou ser críada a alguém; mas interesse nao gera ação. Se o dano moral, como resultante de ato ilícito, pode dar ensejo a ação, tal ação não nasce do interesse moral, nem tem qualquer ligação com o art.

76. O ato ilícito absoluto (art. 159) ou relativo (inexecução de obrigação de que provenha dano moral, como a falta de prestação de serviços profissionais de advogado) irradia direitos, deveres, pretensões, obrigações e ação. *(b)* Não éno art. 76 que se há de fundar o pedido de indenização; é no art. 159. O interesse moral, no art.

76, pode, até, ser direto, e não indireto (indenização); *e.g.,* se, embora tenha pago a todos os credores, B não consente em que o credor, A, que propôs a ação por fraude contra credores, desista da ação, ou se B pede declaração de prescrição da dívida, para, depois, pagá-la, por ter interesse moral em que se não diga que alegou prescrição que não ocorrera. Por outro lado, falta interesse econômico, ou moral, ao que propõe ação contra herdeiros do morto cujo inventário foi negativo. *(c)* A 2º Câmara da Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, a

19 de julho de 1937 *(RT* 108/813), decidiu que o marído não tem interesse econômico ou moral na rescisão da sentença que julgou a ação de alimentos provisionais, em que foi vencido, porque afinal vencera na ação de separação judicial, julgando-se culpada a mulher, e pois tendo cessado os efeitos da sentença rescindenda. A sentença na ação de alimentos provisionais é de eficácia somente durante a lide; alimentos provisionais não se repetem *(Comentórios ao Código de Processo Ciuil,* XII, 275). Mas daí não se pode tirar que não haja interesse moral na ação rescisória da sentença. *(d)* Não se há de invocar o art. 76 para se dizer que a iminência da ofensa a direito permite a ação, *e.g.,* ações fundadas nos arts. 501, 554 e 555 do Código Civil, ou de declaração de falsidade de documento ainda não usado pelo possuidor dele (Código de Processo Civil, art. 4º, II, 2ª

parte), ação contra o falso procurador ou procurador sem poderes suficientes, que ameaça ou se teme exerça poder de representação que não tem *(e.g.,* 2ª Cãmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de outubro de 1938, *RT*

120/211). As ações, em tais espécies, existem, por princípio de política preventiva do sistema jurídico, manifestado em diferentes regras jurídicas, inclusive o princípio *lus superveniens firmat actionem vel exceptionem. (e)* Em todos os casos em que o terceiro pode intervir no processo, também se lhe há de exigir o interesse econômico ou moral. (1) Tratando-se de ação rescisória a legitimação ativa é a de ter figurado alguém na relação jurídica processual: se foi posto fora, a ação rescisória vai contra a decisão que o afastou; se a decisão só se proferiu na sentença de partilha ou de divisão, pode ir contra essa a ação rescisória (sem razão, pela generalidade dos dizeres, as Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 14 de agosto de 1942, *RT* 144/274).

4.

Ilicitude do interesse. E preciso que se não confunda com o pressuposto da necessidade da tutela jurídica (Código de Processo Civil, art. 32; Código Civil, art. 76) a existência da ilicitude do interesse, que foi objeto de algum ato jurídico. A decisão sobre aquele admite, ou não admite a ação; a decisão sobre esse ématéria da *res in ludicium deducta,* de mérito (confundiu-os, por exemplo, a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de maio de 1945, *RT* 157/113, a respeito de mulher que alegava ter existido comunhão de fato entre ela e o amante, pessoa solteira, solução aliás injusta, porque o posterior casamento de um dos comuneiros de modo nenhum tornaria imoral, no *passado,* a comunhão que acaso houvesse existido entre a autora e o réu).

5.

Dano moral. O art. 76 nada tem com a questão da indenizabilidade do dano moral. Ali, há admissibilidade ou inadmissibilidade da ação, por falta de interesse na tutela jurídica; aqui, afirma-se ou nega-se que tivessem nascido direito, pretensão e ação (confusão grave no acórdão da 1º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de novembro de 1944, *RT* 160/297). O dano moral avaliável em dinheiro é dano indenizável (54

Câmara do Tribunal de Justiça do Distríto Federal, 19 de agosto de 1949, RF 130/138).

§ 626. Concorrência de ações

1.

Conceito e espécies de concorrência. Há concorrência de ações quando do mesmo fato jurídico se irradiam duas ou mais ações (concorrência de ações por fluência, ou causalística), ou quando ao mesmo resultado, ou a resultado aproximado, chegam duas ou mais ações (concorrência de ações por fim, ou finalística). Nos velhos doutrinadores, distinguiam-se: a concorrência subjetiva (entre os mesmos sujeitos de direito) e a objetiva (entre diferentes sujeitos de direito). A subjetiva pode ser comulativa, ou sucessiva (por subsidiariedade, em sentido estrito).

A concorrência não se confunde com a afinidade (cp. Código de Processo Civil, art. 46, IV, onde "afinidade de questões" tem sentido mais largo). A ação de exibição (Código de Processo Civil, arts. 844-845), exercida preparatoriamente (L. 1, D., ad *exhibendum,* 10, 4), é afim da ação principal, sem ser concorrente; idem, quanto à ação preparatória de prestação de contas. A concorrência causalística dá-se, por exemplo, entre a ação declaratóda positiva, ou negativa, e qualquer outra ação em que seja questão prévia a existência ou a inexistência da relação jurídica, ou a não-falsidade ou a falsidade de documento. Uma pode ser exercida independentemente da outra. Só a coisa julgada sobre aquele ponto impede a rediscussão e novo julgamento (exceção de coisa julgada). A concorrência finalistica ocorre se há fim de idêntica prestação (ressarcimento do mesmo dano, restituição da mesma coisa). Cabe escolher entre as ações (L. 43, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17:

"Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet"): a quem quer que se negue dever não se proibe que use outra defesa, salvo se a lei lho impede; mas, sempre que concorram muitas ações, pela mesma coisa, só

uma se deve exercer. Já Cujácio havia apontado a interpolação de *nisi iex impedit.*

2.

Propositura de outra ação concorrente. Se, após o trânsito em julgado da sentença quanto a uma ação, ainda há interesse na propositura de outra, porque essa corresponde a algo mais, que não se satisfez, a segunda pode ser proposta (L. 18, § 3, D., *de pecunia constituta,* 13, 5; L. 42, D., *pra sacio,* 17, 2; L. 13, D., *de rei vindicatione, 6,* 1; L. 36, § 2, *de hereditatis petitione,* 5, 3). No direito brasileiro e, em geral, no direito moderno, não se precisa ressalvar a outra ação, salvo para maior clareza e vantagem de explicitude; nem se precisa caucionar de não propor a outra (para o direito romano, cp. L. 13, D., *de rei vindicatione,* 6, 1).

3. *Ações subsidiárias.* Quando, no direito romano, havia mais de uma ação, que correspondesse ao direito ou à pretensão, sendo indiferente o uso de uma, ou o uso de outra (ações *concorrentes),* ou não no sendo *(ações afins),* tinha-se de saber se uma era subsidiária da outra. Por exemplo: a) na L. 27, §§ 15-17, D., *ad legem Aquiliiam,* 9, 2, previa-se a ação da lei Aquília, para as lesões que causam dano, e a ação de injúria, para toda ofensa. Note-se o que há de menos, aqui, no suporte fático. Dizia-se subsidiária da *actio legis Aquiiiae* a *actio iniuriarurn,* porém não é esse o sentido (CarI Jahr, *Ist die* actio de dolo *subsidiàr* 9). *b)* Na L. 3, D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus,* 19, 5, Juliano disse que é preciso lançar mão da ação *praescriptis verbis* quando se trata de contratos a que o direito civil não deu nome (contratos inominados). Já aqui o conceito de subsidiariedade é outro. *c)* Na L. 14, § 12, D., *de religiosis et sumptíbus funerum et ut funus ducere liceat,* 11, 7, Ulpiano atribuiu a Labeão „que não se pode usar da ação funerária, pelos gastos dos funerais, quando se tem outra ação para se ressarcir. Tem-se, aí, então, terceiro sentido.

A ação do dolo, para indenização, aparecia como de propor-se em espécies a que não mais se pode propor outra ação, ou não se quer. Criação pretória, no ano 66 antes de Cristo, é ação que nasce à parte, concorrentemente, porém sem subsidiariedade no sentido de *c),* nem no sentido de *b).* O Edito dava-a, se faltasse outra ação (Ulpiano, na L.

1, § 1, D., *de dolo maio,* 4, 3; L. 43, § 3, D., *de furtis,* 47, 2; L. 2, C., *de dolo maio,* 2, 20), porém não se disse que somente em tal hipótese. Na L. 3, § 1, D., *stellionatus,* 47, 20, Ulpiano aludiu à simetria entre a ação de dolo, em direito privado, e a ação de estelionato, em direito penal, que cabem, respectivamente, onde falta a figura do ilícito civil, ou a do crime. Como se vê, a noção de subsidiariedade não é mais de grande préstimo.

Na L. 7, § 3, D., *de dolo maio,* 4, 3, Ulpiano dizia que Labeão admitia a ação de dolo se não houvesse outra, ou se sobre tal existência dúvida houvesse, e aí ressaltava a discordância de Ulpiano, ainda que somente quanto ao exemplo dado por Labeáo (cf. K. A. Schneider, *Die aiigemein subsidiãren Kiagen,* 206; C. Jahr, *Ist die* actio de dolo subsidiãr...?, 16).

No direito brasileiro, a subsidiariedade ou não-subsidiariedade da ação de dolo (indenizatória) é sem importância; e tem-se de entender que não é subsidiária, no sentido *c).*

§ 627. A ação de abstenção

1.

Tutela jurídica e pretensão à abstenção. À medida que se foram revelando os direitos absolutos, sem ser o de propriedade, manifestou-se, mais viva, a necessidade de tutela ,;urídica à abstenção. Quanto aos direitos relativos, o problema resolvia-se, na prática, na falta de mais segura investigação cientifica, pela ação de condenação, ou pela ação de preceito cominatório, isto é, a ação de abstenção com o preceito inserto na citação. A primeira técnica foi a do preceito inserto na citação mesma. Nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, §

6, em que se tinha o processo de preceitação como de "autos nom começados, mais (mas) cominatórios", dizia-se que "a parte, que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos Juízos da terra, implorando seu Officio, per que mandem prover como lhe nom seja feiti tal aggravo". A cominação podia ser extrajudicial (§

7), devendo pedir-se ao juiz a aplicação do preceito: "... poderá fora do Juízo apelar de tal cominaçam, a saber, poendo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando da sua parte a aqueile de que *se* teme ser aggravado, que tal aggravo lhe nom faça. E se depois do dito

requerimento, e protestaçam assy feita, fôr algua novidade cometida, ou atentada, e o juiz depois fôr requerido por elIa, mandará todo tornar, e restituir ao primeiro estado". A cominação extrajudicial era, no fundo, o exercício da pretensão à abstenção, fora da via de propositura judicial da ação. Acrescentou o § 8: "E em tal apelaçam, ou protestaçam assy feita deve ser inteira, e declarada a causa verosímil e resoada, por que assy apelou, ou protestou, como dito he nas outras apelaçoens.

Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguum, que me queria ofender na pessoa, e me queria sem rezam ocupar, e tomar minhas cousas; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que segure mim e minhas cousas delie, a

qual segurança me deve dar; e se depois delle eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e restituir todo o que fôr cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aqueile que a quebrantou, e menos prezou seu poderio." No § 9: "E se nam quero, ou não posso direitamente hir ao Juiz, posso fora do Juizo apelar, ou protestar a aquelle, de que me areceo ser ofendido na pessoa, ou beens, sometendo-me , e poendo-me são o poderio do Juiz, e requerendo da sua parte, que me nam faça tal ofensa, declarando alguuma justa e verosímil rezam, em que me funde fazer a dita apelação, ou protestaçam; e se depois que elia assy fôr feita, eu delle receber alguuma ofença em meus beens, o Juiz da terra requerido per mim, e informado ssomente da dita appelaçom, ou protestaçom, mandará loguo todo tornar ao primeiro estado, em que ante estava; e se me for feita ofença na pessoa, procederá contra elIe ásperamente, assy como aquelle, que cometeo cousa grave, e desprezou o requerimento, que lhe foi feito por parte de Justiça." Nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Titulo 62, § 5-7, reproduziram-se as regras jurídicas afonsinas, que também passaram às Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 78, §§ 5 e 6, mas resumidas.

Se o interessado preferia a cominação judicial, tinha por ele o § 5, 1ª e 3º partes: "E quanto aos autos extrajudiciais, que não são começados, mas cominatórios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser agravada per a outra parte, pode recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Ofício, que o provejam, como lhe não seja feito agravo"; "E se depois do dito requerimento e protestação assi feita, for alguma novidade cometida, ou tentada, mandará o Juiz (se for

requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro estado. E em tal protestação será inserta e declarada a causa verisírnil e razoada, por que protestou: pode-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz, que o segure a ele e as suas cousas do outro, que o quiser ofender, *a qual segurança* lhe o *Juiz dará;* e se depois dela ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restitui-lo-á o Juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar per Direito." No § 5, 2º parte, e no § 6, cogitou-se da cominação extrajudicial.

A ação de abstenção, sem ser com o mandatum *de non offendendo,* ou *de non* Jaciendo, existia e existe, *a fortiori,* (João Alvares da Costa, em nota do *Repertório,* IV, 86: "...ainda que regularmente as ações se devem seguir por libelo de artigos, contudo o ofício do Juiz se implora *ad rnandcitum non faciendi";* Manuel de Almeida e Sousa, *Ações Sumários,* 1, 251, *verbis* "o preceito cominatário, evitando-se a ação negatória ordinária").

A pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto.* A culpa não lhe é pressuposto necessário. Se culpa existe, é *plus.* Sã se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar.

O mandado *de non offendendo* pode ser a) inserto na citação, existindo, pois, cognição incompleta pelo juiz, que há de examinar as alegações do preceitado *(rncmndotum curn clausula);* ou *b)* ser posterior a sentença, como efeito sentencial mediato, tal como se só se obteve sentença declaratória (ali *ter,* ser imediato ou se só se obteve sentença de condenação à prestação fulura); ou *c)* ser inserto na sentença, *e.g.,* por ter sido pedido e tê-lo dado o juiz, após *plena cognitio.*

O mandado da espécie a) é *cum clousula;* o efeito da espécie *b)* já leva em si a coisa julgada da sentença declaratória, porém não é sine *clausulo* quanto à condenação; o efeito da espécie c), esse, é *sine clausula,* já se inseriu em sentença condenatória, ainda se futura a prestação, porque, então, se é cedo que não houve a apreciação da violação, condenação já se proferiu, o que *faz* o *plus* em relação à declaratória. E de advertir-se, todavia, em que, ainda quando *sine clausula* o preceito, o preceitado pode alegar contra a inexistência ou a nulidade da sentença (não a rescindibilidade!) ou a falsidade da

afirmação da infração. Aí, o preceito é *extra fines suos et in casibus facti dubii;* por isso, éoponível a ob- ou sub-repção dos pressupostos.

2.

Extensão do cabimento da ação *de* abstenção. A ação de abstenção pode ser usada para os direitos absolutos e para os direitos negativos, bem como para os direitos a não ser molestado, ainda que não substantivados. A ação de abstenção pode ser de presente, ou de futuro. Nada obsta a que, havendo razões para temor de não-cumprimento da obrigação ainda por nascer, com base no crédito se exerça a ação de abstenção como ação de prestação futura, isto é, para a omissão quando a obrigação surgir (sem razão, Rad, Von der Unterlassungsldage, *Jherings Jahrbúcher* 70, 351).

o)

Os direitos de personalidade e os demais direitos absolutos podem ser ofendidos sem culpa; e a ofensa

entra no mundo jurídico. A ação de abstenção, que se dirige contra toda usurpação, ou turbação, inclusive da posse, mas principalmente dos direitos de personalidade, nasceu no direito das coisas, onde apareceram os primeiros ou mais nitidamente delineados dos direitos absolulos, e fez-se, mais tarde, por *analogia iuris,* a ação geral de abstenção ou especifica de condenação. (Não se trata de interpretação extensiva.) A ação de abstenção pertence, em primeiro piano, à tutela dos direitos absolutos, — não de todos os direitos subjetivos. Os direitos de personalidade são direitos subjetivos absolutos. Já nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, § 8, *verbis* "que me queira ofender na pessoa", e § 9, *verbis* "ser ofendido na pessoa" (Ordenaçóes Manuelinas, Livro III, Título 62 §§ 6 e 7; Filipinas, Livro III. Título 78, §§ 5 e 6), se admitia, em geral, o preceito cominatório (ação de cominação com preceito inserto na citação) como tutela *da pessoa.*

b)A ação de abstenção, quando o direito é relativo, tem-se de fundar na responsabilidade negocial ou *ex delicto,* raramente em regra de lei e em responsabilidade sem culpa (em todo o caso, pode usar-se, se

alguém teme que outro continue a praticar atos do art. 160, 11, se o agente e a pessoa a favor de quem os pratica não podem ressarcir).

c) Se a lei protege, mediante proibição, algum interesse, sem que da sua incidência resulte direito subjetivo, ou se impõe pena pela prática de algum ato culposo, de modo a proteger interesse particular, sem que caiba pensar-se em ação de indenização *ex delicto,* por ainda nºo se ter produzido dano, discute-se se também ai cabe ação de abstenção. Não há, *ex hypothesi,* direito absoluto, nem, sequer, direito subjetivo. A resposta afirmativa equipara tais situações, ou direitos não-subjetivados, a direitos subjetivos, sem encontrar contradição em não serem direitos subjetivos e defenderem-se por ação. A resposta negativa circunscreve a ação de abstenção aos direitos subjetivos, absolutos ou não, temendo a contradição de não-subjetivação com subjetividade: o que tem protegido o seu interesse, sem que dessa proteção resulte direito subjetivo, estaria, com a sua ação, subjetivando, *niotu* proprio, o seu direito ou situação jurídica. A resposta afirmativa pode ser no sentido a) de ação de abstenção pela ofensa, ou *b)* no de ação de abstenção ainda por simples ameaça: ali, seria preciso ter havido a infração da regra jurídica; aqui bastaria o temor; mais: *c)* no caso de ofensa objetiva; ou *d)* no caso de ofensa subjetiva. Donde a) *c), a) d),* 1,), chamadas ação quase-negatória de abstenção, ação delitual de abstenção e ação cominatória de abstenção. Naturalmente, pode dar-se que haja, ou ainda haja ação penal, e essa seja suficiente, tanto ou mais expedita; e diz-se em argumento contrário, que seria supérflua a ação civil.

Sem razão; porque a tutela civil independe da penal; tanto mais quanto, nas espécies, a ação *a) c)* e a ação *b)* vão além da ação penal, que seria apenas correspondente à ação a) *d).* A existência da ação *b)* implica que também existam as duas outras; e existe a ação *b),* ainda com preceito inicial (sob o Código de Processo Civil de 1939, art. 302, XII, *verbis* “em geral, a quem, por lei..., tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato). Esse direito de exigir não é só o direito subjetivo, que se faça respeitar pela ação delitual; basta que a pessoa possa exigir providências do Estado, *e.g.,* policiais. Para a ação de abstenção basta a contrariedade a direito (não é ação por delito, que pressuponha culpa).

O

problema da *tutela* dos direitos *não-substantivados* pôs-se cedo no direito português. A L. 2, § 5, D., *de aqua et aquae pluviae arcendae,* 39, 3, tratou da solução de Paulo, após as negativas de Varo e de Labeáo.

Dizia Varo que, arrebentando o dique natural, não havia ação contra o vizinho para o reparar; Labeão admitia-a se o dique foi feito à mão, embora sem memória de quem o fez; Paulo entendeu que competiam a ação útil ou o interdito, *ainda* que *faltasse, como faltava,* direito escrito *(haec aequitas suggerit,* etsi iure deliciam *ur)*.

Os juristas portugueses viram nesse oficio *innoxiae utilitotis* a entrada para ações civis de proteção a direitos não-subjetivados (ás vezes, *analogia luris* com a Lei de 9 de julho de 1773 e com o Alvará de 24 de novembro de 1804).

A tutela jurídica (melhor, a pretensão à tutela jurídica) pode existir, sem que existam o direito subjetivo ou a pretensão de direito privado. Bastaria pensar-se no arresto ou embargo, se o direito é futuro, ou na ação de condenação por prestação futura. A ação de abstenção nos casos de direito não-subjetivado seria o melhor exemplo, se não o fosse tema mesmo da discussão.

Um dos elementos para o estudo do problema são as actiones *populares* (e até *exceptiones populares* ou quase *populares,* cf. Ulpiano, *Fragmenta Vaticano,* 266) do direito romano. Em todo o caso, é de todo o interesse científico e prático distinguirem-se os casos em que a ação corresponde à titularidade do direito (todos os cidadãos) e os em que a ela não corresponde. O interesse comum pode justificar a ação popular, ou a exceção popular, sem ir até à justificação de se fazer comum o direito; ou ser de tal intensidade que o direito mesmo seja comum (sujeitos de direito ativos totais).

557

Quando o Pretor deu aos cidadãos os interditos concernentes às coisas públicas, res *publicae,* estava diante do mesmo problema que desafiou os juristas do século XX, a propósito das ações de abstenção e dos

preceitos cominatórios cum *clausula.* A princípio, exigiu o interesse do que queria acionar; depois, abstraiu desse interesse. Acabou por adotar *in facturn* actiones, em vez de interditos. Nos jurisconsultos clássicos, encontramos interditos e ações populares, pretorianas, atribuidos a qualquer cidadão; se dois ou mais de dois exerciam as ações, ou prevalecia a do que tinha interesse particular, como *plus* (L. 2 e 3, § 1, D., *de popularibus* actionibus, 47, 23, *verbis* idonelorem e culus interest; L. 3, §12, D., de homine *libero exhibendo,* 43, 29, *verbis* idoneior *est;* L. 3, *pr.* e § 9, ali lustissima *causa* e aqui a todos), ou a do que mais preparado está para levar a cabo e a bom termo a demanda *(justissima co uso).* A distinção entre os casos de ações populares, em que o sujeito do direito não é o povo, e aqueles de ações em que o sujeito do direito é o povo, é assaz import ante para a resposta ao problema moderno da ação de abstenção não havendo direito substantivado. A ação intentável por alguém do povo, *cuivis ex popu lo,* somente pode ser ação correspondente a direito de cada um, pois que ela o é de todos, e não em lugar de outrem.

a)

A actio *popularis* da L. 5, § 6, D., *de his, qul effuderint vel deiecerint, 9,* 3, cabia a quem quer que fosse, se o perigo, oriundo da coisa colocada em edifício de que pudesse cair, fosse *comum (cuius* casus *nocere* cui *possit).* E a *actio de positis et suspensis* (cp. art. 1.529). Não há dúvida em que se pode propor a ação de abstenção (= continuação de causar o risco), inclusive a de preceito cominatório dos arts. 287 e 461, do Código de Processo Civil, *ex arg.* do art. 1.529 do Código Civil. A legitimação segundo o Código de 1973, art. 934, III, não exclui a dos arts. 287 e 461, do Código de Processo Civil.

A *octio popularis* da L. 3, *pr.,* D., de *sepulchro viola to,* 47, 12, para que qualquer cidadão pedisse a aplicação da multa por violação de sepulcro, mostra que a *actio* compete a outrem que o titular do direito subjetivo: “si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo” (Se não houver alguém a quem pertença, ou não queira exercer a ação, dou-a a quem quer que a queira exercer por cem áureos).

As ações procuratórias não têm a mesma natureza: pleiteia o cidadão, em nome do Estado. (A discussão sobre o nome *actio popularis* também servir às *octiones* procuratórias é só de interesse histórico do direito romano; pela afirmativa esteve Th. Mommsen, Die Popularklagen, *Zeitschrift der Savignp-Stiftung,* 24, 1 s.**;** contra, C. G.

Bruns, *Ríeinere Schriften,* 1, 313 s. Se distinguimos ações populares stricto *sensu* e ações populares, compreendendo aquelas e as procuratórias, elidimos, na terminologia hodierna, a discussão.) Assim, se o interesse de alguém é ferido, cabe, sem dúvida, a ação do art. 159; se se trata de bem de uso comum (art. 66, 1), qualquer é legitimado à ação; se se trata de bem de uso especial (art. 66, II), ou do patrimônio da unidade política (art**.** 66,III), só a *lex speciaolis* pode permitir a ação procuratória. A ação do art.

5º, LXXIII, da Constituição de 1988 é ação popular *lato sensu,* procuratória.

d) A ação cominatória em caso de crédito de omissão, oriundo de negócio jurídico, tem sido confundida com a ação de abstenção de presente. Aquele que exerce a ação de abstenção tem pretensão à omissão ou usa a ação de abstenção de presente para que se respeite o seu direito não-subjetivado; na ação cominatória em caso de crédito de omissão, ainda não está nascida a pretensão (não se venceu a dúvida). Há crédito; não há pretensão.

Os arts. 287 e 461, § 4º, do Código de Processo Civil permitem tal ação com preceito inicial: tanto se pode cominar para a omissão *desde já,* como *a partir de certo dia, ou fato.* Se a ação cominatória com preceito na citação é de admitir-se, *a* fortic;1 a ação de abstenção com preceitação na sentença. Nao é de exigir-se reclamação prévia, cuja infração justifique a ação de abstenção fundada em negócio jurídico (sem razão, P.

Eltzbacher, Die *Unterlassungsklage,* 158 s**.);** ainda em se tratando de locação, art. 1.192, 1, não se confunde com a ação de resilição do contrato, art. 1.193.

É pressuposto necessário da ação de abstenção que a omissão seja devida, ou de obrigação, — como dever, ou como obrigação independente; razão por que o cuidado (obrigação de omitir atos no cumprimento da obrigação positiva) não pode ser objeto de ação de abstenção: falta-lhe a independência para a acionabilidade.

A ação de preceito cominatório inserto na citação tivemo-la desde cedo (Ordenações Afonsinas, Livro III, Titulo 80, § 10; Manuelinas, Livro III, Título 62, § 8; Filipinas, Livro III, Titulo 78, § 7). A ação de abstenção com preceito na sentença não conseguira tratamento sistemático, mas existia e usava-se.

3. *Prescrição da ação de* abstenção. A prescrição da ação de abstenção ou é por analogia com as ações delituais, ou é a do art. 177 (ações pessoais)? Forremo-nos de dar resposta *a priori,* como a doutrina alemã. Se a ação, que se quer propor, é a ação por ofensa subjetiva (ação delitual de abstenção), prescreve como a ação civil do delito; se a ação, que se quer propor, é a ação por ofensa objetiva, a prescrição depende da analogia com a ação da condenação, que toque ao direito; se a ação, que se quer propor, é a de cominação por ameaça (e não para se evitar repetição), dura enquanto há o direito e a ameaça.

4. *Prevuentividade* da ação. A ação de abstenção é preventiva; mas, ação de cominação, com preceito inicial, ou na sentença, écondenatória à prestação presente, ou futura, e às vezes apresenta-se a circunstância de existir estado de fato positivo que precisa ser removido, para se evitar a contradição entre o preceito e a realidade já estabelecida. É inegável, então, o elemento de *executividade,* tal como ocorre com a ação cominatória do Código Civil, art. 554, e do Código de Processo Civil, arts. 461, § 4º, e 934, I, II e III. Nem por isso toma o caráter de ação de condenação pelo ato ilícito culposo. E a ação de abstenção, cumulada com a de condenação ao desfazimento, condenatória-executiva, ou vice-versa; de qualquer modo, em globo, ação de condenação especifica dos direitos absolutos, pessoais ou reais, e, excepcionalmente, dos direitos relativos, em que, fundado nessas regras jurídicas, ou na proteção possessória, o lesado pode pedir o desfazimento, de que a execução demolitória é a espécie mais relevante. O industrial ou comerciante, que pede a cessação (não-repetição) do boicote, pode pedir a retirada dos meios já empregados; a pessoa, que pede a abstenção da publicação falsa ou injuriosa, pode pedir-lhe a suspensão, ou a apreensão, bem assim a destruição (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, arts. 61-64), ou a divulgação contrária correspondente, com ou sem apreensão.

*

* *

Até aqui a eficácia jurídica foi objeto do nosso estudo como eficácia em si mesma, em relação ao tempo, no tocante a determinações mexas e anexas e quanto aos direitos, pretensões e ações. O Tomo V não foi além disso. O Tomo VI versará o problema das exceções, o problema dos direitos mutilados, o problema do exercício dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções; finalmente, o da prescrição e o da extinção dos direitos e mais efeitos dos fatos jurídicos.

Teremos, após isso, ultimado o trato sistemático e prático de toda a Parte Geral do Direito Privado, podendo ver-se, ao longo da exposição, a que altura chegaram, através das suas fontes portuguesas antigas (romano-germânicas) e da técnica dos seus juristas dos séculos XIX e XX, a consciência juridica e a inteireza lógica do pensamento brasileiro.